

UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTÉ DE DROIT

Du Legs de la Chose d'Autrui

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

Soutenue le 16 Juin 1922, à 3 heures

PAR

JACQUES NALTET

AVOCAT

Attaché au Parquet Général

Président : M. CAPITANT — Suffragants : MM. WAHL et HÉMARD



LE MANS

IMPRIMERIE L. CHAUDOURNE

15, RUE MARCHANDE

1922



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTÉ DE DROIT

Du Legs de la Chose d'Autrui

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

Soutenue le 16 Juin 1922, à 3 heures

PAR

JACQUES NALTET

AVOCAT

Attaché au Parquet Général

Président : M. CAPITANT — Suffragants : MM. WAHL et HÉMARD



LE MANS
IMPRIMERIE L. CHAUDOURNE
15, RUE MARCHANDE

—
1922

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DU LEGS DE LA CHOSE D'AUTRUI

AVANT-PROPOS

Les testaments et l'imperfection très-fréquente de leur rédaction ont de tout temps donné lieu à une multitude de procès et il est bien téméraire souvent, pour un testateur peu versé dans les questions de droit, d'essayer l'exécution intégrale de ses dernières volontés et leur efficacité complète, et cela même au cas où la loi a statué expressément et où son interprétation est devenue définitive ; à plus forte raison quand, sans rester absolument muette, elle n'a fait que poser une règle générale et a laissé dans l'ombre toute une série de cas particuliers dont la solution cependant méritait au moins une courte mention : tel est le cas pour le legs de la chose d'autrui.

D'une façon implicite, le code décide que tout ce qui est dans le commerce, que toute chose susceptible d'être l'objet d'un droit peut constituer un legs particulier, il n'exige même pas que la chose léguée soit déterminée individuellement (art. 1022), il ne pose qu'une seule restriction dans son article 1021 touchant la chose d'autrui, le legs d'une telle chose est par lui déclaré nul, solution contraire aux traditions antérieures ainsi que nous le verrons, mais se bornant à cette affirmation de principe, le code à l'inverse de certaines coutumes anciennes et à la plupart des Codes étrangers passe sous silence et le legs de la chose de l'héritier ou du

légataire et le legs d'une chose indivise et se contente seulement de donner en son article 1423 une décision d'un caractère tout particulier concernant le mari sous le régime de communauté. Tels sont les deux textes législatifs qu'auteurs et jurisprudence ont eu à interpréter et à appliquer aux différents cas d'espèce qui peuvent se rencontrer et c'est ce commentaire qui va faire l'objet de notre étude. Nous nous proposons d'y passer en revue d'abord le legs de la chose d'autrui avec ses deux dispositions analogues : le legs de la chose de l'héritier ou du légataire, puis, dans une deuxième partie les dispositions testamentaires portant sur des choses indivises et notamment de communauté.

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Historique

Avant d'examiner le legs de la chose d'autrui dans notre législation et notre jurisprudence actuelles, il importe de jeter un coup d'œil sur le passé et de voir comment les jurisconsultes et les législateurs de Rome et de notre ancien droit raisonnaient sur la question et quelles solutions ils y apportaient. Cet examen apparaîtra comme d'autant plus indispensable dans l'étude de ce point de droit que nombre d'auteurs contemporains ont recherché dans leurs devanciers romains ou médiévaux la base de leurs théories et parfois la solution même et que l'Histoire nous guidera souvent au cours de nos recherches pour l'établissement et la justification des conceptions actuelles sur les difficultés que peut comporter la question.

Nous nous proposons donc de parcourir dans ce chapitre au point de vue du legs de la chose d'autrui, au sens strict du terme, et sans entrer dans le domaine des divers cas particuliers dont l'historique trouvera place dans la suite de cet ouvrage, successivement le droit de Rome, celui de notre ancien droit français, pour arriver ensuite à l'élaboration du code Napoléon et à quelques textes législatifs étrangers sur la matière.

Section Première : Droit romain. — A Rome, la faculté de tester, de disposer par acte de dernières volontés de ses biens, apparaît, sauf dans le très ancien droit, et en tout cas depuis la loi des 12 tables qui reconnaissait l'usage du testament d'une manière formelle, comme une institution de la plus haute importance et à laquelle les Romains attachaient un prix tout particulier ;

la supériorité du testament sur la succession se manifesta rapidement et son emploi se généralisa vite, à tel point qu'il devint une véritable coutume nationale et que mourir *ab intestat* fut considéré comme une déchéance, presque un malheur. L'œuvre prétorienne tempéra sans cesse les rigueurs excessives du formalisme ancien et assura une plus complète efficacité aux dispositions testamentaires ; la volonté du testateur l'emportait sur la forme. Et si la législation, particulièrement celle de l'Empire, apporta des restrictions au pouvoir jusqu'alors absolu de disposer de ses biens, ce ne fut guère que pour empêcher le testateur de frustrer injustement de sa succession ses parents les plus proches.

Nous ne nous étonnerons donc pas de voir les Romains apporter dans la détermination de ce qui pouvait faire ou non l'objet de leurs dispositions testamentaires plus de liberté que notre législation actuelle et assurer d'une façon plus complète l'exécution de la volonté du testateur en décidant en un principe inverse de celui adopté par le code civil que le legs d'une chose qui appartenait à autrui était valable.

Ce principe admis d'une façon unanime (Gaius, *comm* 2 § 202. Ulpien, *regulæ* I. 24 § 8. *Institut de leg.* § 4) comportait cependant, en dehors du legs de chose hors commerce qui restait interdit, deux sortes d'exceptions, une toute de forme, l'autre résultant de l'interprétation de la pensée du *de cuius*. La première exception vient de ce que dans l'ancien droit de Rome quatre variétés de legs étaient usitées dont deux seulement pouvaient servir d'une façon efficace à léguer une chose n'appartenant pas au testateur : le legs *per vindicationem* ayant pour effet de transférer directement au légataire la propriété quiritaire ne pouvait porter que sur des choses dont le testateur était propriétaire *ex jure quiritorium* au jour où il disposait et à la condition qu'il en eût encore la propriété au jour de son décès ; on ne pouvait donc par ce procédé léguer la chose dont on n'était que propriétaire bonitaire ni la chose de l'héritier, à plus forte raison la chose d'autrui.

Il en était de même du legs *per præceptionem* ; ce legs par lequel le testateur autorisait un de ses héritiers

à prendre avant tout partage un bien déterminé de la succession ne pouvait davantage servir à transférer au légataire la chose d'autrui.

Le testateur ne pouvait alors pour y parvenir que se servir soit du legs *per damnationem* par lequel il mettait à la charge de son héritier l'obligation d'accomplir une prestation déterminée en faveur du légataire, soit du legs *sinendi modo* qui conférait simplement au légataire un droit de créance contre l'héritier sanctionné par l'action *ex testamento*.

Cette remarque nous permet d'élucider l'opposition apparente que l'on rencontre entre les lois 39 *D. de manumissis testamento* et 88 *D. de verborum significatione* qui annulent le legs de la chose d'autrui et toutes les autres qui au contraire le déclarent valable : les deux premières se réfèrent aux deux premiers modes de legs usités à Rome.

D'ailleurs cette distinction entre la forme des legs s'atténua d'assez bonne heure par le *senatus Consulte Néronien* qui décida que tout legs nul en la forme vaudrait comme legs *per damnationem*, puis disparut avec une constitution de l'an 339 de notre ère, rendue par les fils de l'Empereur Constantin, qui assimila les différentes sortes de legs. Dans le dernier état du droit romain, aucune différence ne subsiste entre les diverses manières de léguer ni même entre les legs et les *fideicommiss* : le legs de la chose d'autrui est, sauf la deuxième exception que nous allons étudier, toujours valable.

Les Romains validaient en principe, nous l'avons vu, le legs d'une chose n'appartenant ni au défunt ni à l'héritier chargé du legs mais sous la restriction suivante : le legs n'était valable qu'autant que le testateur n'ignorait pas qu'elle ne lui appartenait pas.

Si le *de cuius* avait cru que la chose était sienne, le legs ne valait pas, il était censé avoir été fait par erreur, « *Non solum autem testatoris... res, sed etiam aliena legari potest, quod intelligendum est si defunctus sciebat alienam rem esse, non si ignorabat. Forsitan a cuius si scivisset alienam rem esse, non legasset* ». *inst. de leg., lib. 2, tit. 20*).

La loi en donnait cette raison qu'on était bien plus

porté à donner sa propre chose qu'à grever sa succession de la chose d'autrui, qu'il fallait par conséquent que l'intention contraire résultât clairement de la circonstance que le testateur savait que la chose ne lui appartenait pas. C'était au légataire à faire la preuve que le défunt avait connaissance de cette circonstance, ce qui d'ailleurs ne devait pas manquer vraisemblablement de provoquer de multiples procès.

Le droit romain ne tenait pas compte de cette distinction quand le légataire était une personne à qui le testament était attaché par la proximité du sang, par le mariage ou par toute autre considération qui l'aurait porté à léguer quand même il eût su que la chose ne lui appartenait pas. Ces personnes que l'on appelait « *proximæ vel conjunctæ personæ* » étaient dispensées de la preuve qui incombait au légataire ordinaire. Une loi *sed hoc personæ* 35 D. ff. de *procurator* explique ce que l'on doit entendre par cette qualification, mais il paraît étrange que le droit romain s'attache uniquement aux liens qui peuvent unir le testateur et le légataire sans les comparer à ceux qui peuvent exister entre le testateur et l'héritier. Papinien seul semblerait refuser de valider le legs quand l'héritier qui en est chargé est également un proche parent du défunt (loi 77 D. de *leg* § 2 : Il cite le cas d'un père de trois enfants faisant à l'un d'eux un legs d'un fonds de terre qu'il croit lui appartenir alors qu'il est la propriété d'un tiers : ce tiers réussit à évincer le légataire. Papinien décide alors que le dernier n'a pas droit à garantie à l'égard des deux autres enfants. Mais cet exemple n'est lui-même qu'un cas d'espèce et son opinion n'est pas suivie par les autres auteurs.

Voyons maintenant quel effet produisait le legs quand il était reconnu valable, c'est-à-dire quand le testateur avait déclaré expressément qu'il savait que la chose ne lui appartenait pas ou que le légataire avait pu faire la preuve de cette connaissance : l'héritier était tenu de l'acheter et de la livrer au légataire ou, s'il ne pouvait l'acheter parce que le propriétaire ne voulait pas s'en défaire, en demandait un prix exorbitant ou pour toute autre raison, d'en donner l'estimation. Cette disposition n'avait donc rien de contraire au

principe que l'on ne peut disposer des biens d'autrui ; le légataire devant se contenter de l'estimation à lui fournie par celui qui avait la charge du legs, aucun préjudice n'était causé au propriétaire de la chose. Le légataire n'avait pour sanctionner son droit qu'une action personnelle : l'action *ex testamento* pour forcer l'héritier à s'acquitter de son legs (*inst. de leg. II. 20*). Cette action ne lui était refusée qu'au cas où la chose n'était pas dans le commerce ou qu'elle était telle qu'aucune personne ne la pût acquérir : l'héritier n'était pas alors tenu d'en payer la valeur.

Remarquons que sans disposer expressément de la chose d'autrui, le droit romain reconnaissait valable le legs d'une chose ne se trouvant pas dans la succession fait sous forme de charge à accomplir par l'héritier. Cela était conforme aux règles d'interprétation des dispositions testamentaires et au principe que le testateur peut charger son héritier de toutes sortes d'obligations de faire ou de livrer.

Enfin, au cas où le testateur n'aurait eu que la nue propriété d'une chose dont l'usufruit aurait appartenu à un tiers, on présumait que l'usufruit lui-même était dû au légataire et que l'héritier devait en opérer le rachat (Papinien, loi 66 D. de leg. 2).

Section deuxième : Ancien droit français. — Les solutions et les distinctions adoptées à Rome passèrent presque intégralement dans l'ancien droit français. Domat. (Les lois civiles dans leur ordre naturel, livre 4, tit. 2, sect. 3) Ricard (Traité des donations entre vifs et testamentaires, t. 1 part. 3 ch. 3 sect. 3 disp. 3 § 4). Furgole (Traité des testaments, tome 2 ch. 7 sect. 1, n° 46 et s). Polhier (sous coutume d'Orléans, tit. 16 sec. 4 § 1, n° 49), admettaient en principe la validité du legs de la chose d'autrui; Domat cependant, s'écartant de l'opinion communément enseignée, trouvait étrange que l'on pût léguer une chose appartenant à un autre et pensait qu'il n'était pas possible qu'une personne censée fit une telle disposition ; il admettait plus aisément que le testateur pût obliger son héritier à accomplir tel ou tel fait, à acheter à son profit la maison du voisin par exemple ; c'est en ce sens qu'il faut, dit-il, entendre les

règles romaines, la disposition doit être raisonnable pour être considérée comme valable.

Certaines décisions de droit canonique et notamment une decretale (*ch. 5 de testamentis*) en opposition avec le droit laïque condamnent cependant comme illicite le legs de la chose d'autrui. Un légataire se prétendant saisi d'une chose à lui léguée qui n'appartenait pas au testateur refusait de la rendre se prétendant fondé sur la règle du droit civil qui avait permis de la lui léguer : « *Filius noster F. conquestus est, quod quondam P pater suus aliqua ecclesiæ vestræ, sepultura suæ gratia, juris alieni relinquit. Et quidem lege. hujus sæculi hoc habent ut hæres ad solvendum cogatur si auctor ejus rem legavit alienam ; sed quia lege Dei non autem lege hujus sæculi vivimus ; valde mihi videtur injuriam est res tibi legatæ quæ cujusdam ecclesiæ esse perhibentur a te teneantur qui aliena restituere debuisti* ».

L'ancien droit français avait adopté également la distinction romaine en ce qui concerne la connaissance qu'avait le testateur du véritable propriétaire de la chose léguée : le legs était valable si le testateur avait su qu'elle était à autrui, il était censé fait par erreur et par conséquent nul au cas contraire, et la preuve de cette circonstance était à la charge du légataire, ceci fut jugé même après la révolution dans une affaire de Muy contre Créqui par arrêt de la cour de Paris du 21 germinal an XIII (1) pour un testament antérieur à 1789 ; il n'était fait exception comme dans le droit romain que pour les proches parents du testateur, pour sa femme, pour les bâtards ou enfin pour telle personne à qui le testateur aurait vraisemblablement fait le legs quand même il aurait connu que la chose appartenait à autrui : *Nisi proximæ personnæ vel uxori vel alii tali personnæ datum fit cui legaturus esset, etsi scisset rem alienam esse* ».

La seule proximité du légataire formait une présomption légale que le testateur aurait fait de toute façon le legs et le rendait valable sans égard à la proximité de

1. Sp. 1806 2. 41.

l'héritier (1), ce qui est vivement critiqué par Furgole. Quant à savoir ce qu'on entendait par « *proximæ personnae* », la plupart des auteurs renvoyaient à la loi romaine « *sed hæ personnae* » dont nous avons déjà parlé ; d'autres notamment Tiraqueau (du retrait lignager § 11 glos. I n° 4) ont cru que l'on devait mettre au rang des proches les parents jusqu'au 10^e degré selon la manière de compter du droit civil, mais cette opinion paraît être restée isolée : les héritiers présomptifs (legs par forme d'égalément), les bâtards (legs d'usufruit à titre d'aliments) et la veuve paraissent avoir été d'ordinaire seuls rangés parmi la classe des *proximæ vel conjunctæ personnae*.

Quand le legs de la chose d'autrui était reconnu efficace suivant les distinctions que nous venons de voir, l'héritier chargé d'acquitter le legs était tenu comme en droit romain de racheter la chose léguée lorsqu'il le pouvait facilement, sinon en payer la juste estimation : ce prix se prenant en somme sur le patrimoine du testateur, le legs devenait, suivant l'explication fournie par Furgole, une sorte de charge de l'hérédité que l'héritier devait accomplir pour conserver le bénéfice de l'acquisition de la succession ; la faculté accordée par la loi au testateur ne liait donc que le successeur du défunt et non le propriétaire de la chose qui ne pouvait pas en être privé ni souffrir aucun préjudice du legs parce que : « *quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest* ».

Nous retrouverons plus loin cette tentative d'assimilation du legs de la chose d'autrui à une charge imposée à l'héritier et nous verrons tout le parti que la jurisprudence moderne a pu en tirer. Le legs d'un fait était évidemment possible dans notre ancien droit à la seule condition que le fait fût possible, licite et que le légataire eût intérêt, il l'est resté de nos jours et a fourni aux auteurs modernes la possibilité de valider des legs nuls aux termes du code civil.

1. En ce sens notamment un arrêt du Parlement de Toulouse du 20 mai 1697 où le légataire était parent plus éloigné du testateur que l'héritier.

Le seul point sur lequel notre ancien droit se détachait de ses modèles romains était celui où le testateur n'avait sur la chose qu'une propriété imparfaite. Pothier estimait que le legs n'était fait que pour le droit que le défunt avait sur la chose et Ricard décide de même, contrairement à l'opinion de Papinien citée à la section précédente, que le legs d'une chose dont le *de cuius* n'avait que la nue propriété n'oblige pas l'héritier à racheter même l'usufruit : le legs de la chose d'autrui est en effet fondé, argumente-t-il, sur ce que le testateur a su que la chose dont il disposait n'était pas dans ses biens et que sa volonté a été que l'héritier en fit l'achat pour la délivrer au légataire, si bien que quand parmi les biens du testateur il se trouve de quoi asseoir sa volonté, la présomption admise en droit romain ne semble pas assez violente en faveur du légataire pour que l'héritier soit obligé de lui délivrer même les droits que ne possédaient pas son auteur sur la chose.

La doctrine de notre ancien droit que nous venons d'exposer formait, il faut le reconnaître, une construction assez logique et conforme au désir probable du testateur : s'il a légué la chose d'autrui croyant léguer la sienne, il est vraisemblable qu'il ne l'aurait pas fait s'il eût su qu'elle ne lui appartenait pas et s'il avait connu le surcroît de charge qu'il imposait à son héritier. Et s'il a légué avec connaissance, alors s'élève la présomption contraire que le testateur a voulu faire une disposition sérieuse et efficace et qu'il a voulu effectivement imposer une telle charge à son héritier. Le point délicat était la question de la preuve.

Section troisième : Le code civil. — Tel était l'état du droit communément adopté sur la question de la validité du legs de la chose d'autrui au début de la révolution. La législation révolutionnaire trop occupée à jeter les grandes lignes de sa nouvelle conception du droit négligea les points de détail et notre sujet en particulier : on n'en trouve aucune trace dans les documents législatifs de cette époque. Le code Napoléon allait, lui, apporter une modification radicale aux solutions antérieures et décider en principe la nullité du

legs de la chose d'autrui dans son article 1021 ainsi conçu : « lorsque le testateur aura légué la chose d'autrui, le legs sera nul soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas. » C'est à s'en tenir aux termes même de l'article le rejet absolu du principe romain et de l'ancien droit et de la distinction fondamentale qui y était consacrée touchant la connaissance que le testateur avait ou non du propriétaire de l'objet du legs. Cependant en parcourant les travaux préparatoires du code avec Fenet (XII p. 398) serons-nous en droit de penser que ses rédacteurs n'ont peut-être pas voulu bouleverser d'une façon aussi complète les traditions historiques et que la réforme n'avait pas à leurs yeux la portée que les termes de l'article 1021 pouvaient faire supposer de prime abord. L'article 1021 fut présenté sous le numéro 92 du chapitre 4 section 2 de l'exécution des testaments et des exécuteurs testamentaires par son rédacteur Bigot du Préameneu à la séance du 27 ventôse an XI (18 Mars 1803) tel qu'il est passé dans le code. Malleville fit observer que cet article introduisait une innovation au droit reçu et sur cette observation, le rédacteur défendit son œuvre en répondant que le legs de la chose d'autrui lui paraissait tellement contraire à l'ordre ordinaire qu'il peut toujours y avoir des doutes sur la volonté du testateur. Ils sont encore plus grands, ajoute-t-il, s'il a donné la chose d'autrui croyant qu'elle lui appartenait. Tronchet, abondant dans le même sens ajouta que même dans le cas inverse la volonté du testateur n'est pas assez certaine pour qu'on puisse agir comme si elle était bien connue : il lui était facile de s'expliquer ; l'opinion des rédacteurs du code était faite et Treilhard conclut qu'il faut qu'une règle mette fin à ces subtilités et que la meilleure est celle qui exige que le testateur s'explique clairement.

L'article fut adopté.

Ainsi des quelques paroles échangées au cours de cette séance, il ressort nettement que c'est bien plutôt contre la distinction qu'appliquait précédemment, tantôt en validant le legs de la chose d'autrui quand le défunt avait su que la chose ne lui appartenait pas, tantôt en le déclarant nul quand il l'avait ignoré, que les ré-

dacteurs du code se sont insurgés plutôt que contre le principe même de la validité du legs de la chose d'autrui : ils ont voulu surtout mettre un terme aux procès sans fin que la pratique ancienne soulevait et écarter dorénavant la preuve toujours délicate qui incombait au légataire dans l'ancien droit. C'est donc surtout une difficulté d'application pratique qui a fait écarter le principe de la validité du legs de la chose d'autrui.

Quoi qu'il en soit l'article 92 du projet devenu après le vote du Tribunat et du corps législatif l'article 1021 du code Napoléon, est formel et condamne d'une façon absolue les anciennes théories. Nous verrons, par la suite, par quels procédés multiples les auteurs et la jurisprudence du dix-neuvième siècle sont arrivés à de profondes modifications et altérations dans son application, à en atténuer la rigueur excessive et à valider dans bien des cas des legs qui, à ne prendre que les termes stricts du code, auraient dû être déclarés nuls et de nul effet : cette œuvre de la jurisprudence actuelle n'est pas en opposition avec la pensée des rédacteurs du code, souvent même elle s'appuie sur leur autorité !

Section quatrième : les codes étrangers. — Avant l'apparition du code Napoléon, les seules codifications existantes étaient celles de l'Europe centrale ; le code prussien promulgué en 1794 déclarait en principe ainsi que le droit commun allemand le legs de la chose d'autrui valable (1). Le code bavarois de 1756 décidait de même. Le code autrichien commencé en 1767 et terminé seulement en 1810 statuait dans son article 662 en sens inverse : le legs de la chose d'autrui est nul, si elle n'appartient ni au testateur, ni à l'héritier, ni au légataire qui doit la fournir. Si l'une de ces personnes a un droit ou un intérêt sur cette chose, le legs a ce droit pour objet. Mais si le testateur a déclaré vouloir qu'on l'achetât pour le légataire, on doit se conformer à sa

1. « Le légataire recevra la chose elle-même sinon sa valeur à dire d'expert car en léguant la chose d'autrui la présomption est toujours que le testateur s'est trompé. Si le légataire a déjà acquis la chose à titre onéreux l'héritier doit lui tenir compte du prix. Mais si cette erreur est démontrée ne pas exister, le legs est sans effet ».

volonté, et si le propriétaire ne veut pas la vendre à un prix d'estimation, le légataire n'en aura alors que le prix. Toutefois, la charge de la chose si elle est grevée ou engagée, doit être supportée par le légataire. C'est la solution du code civil mais mitigée en ce sens que le legs fait sous forme de fait à accomplir par l'héritier, bien que portant sur l'achat d'une chose appartenant à un tiers, est reconnu valable. Il y a lieu également de noter la solution singulière en usage en Hollande avant 1838 et autrefois à Hambourg : le legs de la chose d'autrui n'y était valable que si le testateur ignorait que la chose n'était pas sienne, c'était au légataire à en faire la preuve. Ceci est le contre-pied de la théorie romaine et de celle généralement adoptée. Le nouveau code Néerlandais abandonnant cette solution et s'inspirant du droit français, pose dans son article 1013, le principe de la nullité du legs de la chose d'autrui : « que le « testateur ait su ou non qu'elle ne lui appartenait « pas. »

Après 1804, le code civil passa intégralement et subsiste depuis en Belgique. Le code sarde de 1838 adopte une solution intermédiaire ; il pose en principe la nullité du legs de la chose d'autrui mais le valide au cas où il est énoncé dans le testament que le défunt savait que l'objet du legs était la propriété d'un tiers. L'héritier a dans ce cas le choix entre acquérir la chose ou en payer le prix au légataire. D'ailleurs, si la chose léguée appartenant à autrui au moment du testament était acquise avant son décès par le testateur, le legs était valable.

Cette décision a été conservée dans le code civil italien en vigueur depuis le 1^{er} Janvier 1866 dans son article 837. Il décide également (article 840) que doit être considéré comme valable le legs d'une chose mobilière indéterminée d'un certain genre ou d'une espèce certaine, bien qu'il ne s'en trouve pas dans la succession.

Les législations de l'Amérique du Sud ont résolu différemment la question, suivant qu'elles se sont inspirées du code français ou du droit espagnol. La Bolivie et le Pérou adoptent notre solution, ce dernier pays avec cependant un tempérament que nous verrons appliqué par la jurisprudence française basé sur l'idée de

charge imposée à l'héritier : le testateur peut ordonner que son successeur achète tel ou tel bien pour le livrer au légataire, une telle disposition est reconnue valable. Le code du Chili en vigueur depuis le 1^{er} Janvier 1876 décide que le legs de la chose d'autrui est nul à moins qu'il ne résulte du testament que le testateur savait que la dite chose n'était pas sa propriété, ou encore, ajoute-t-il, à moins que le legs ne soit fait à un descendant ou ascendant légitime du testateur ou à son conjoint ; ceci est manifestement inspiré du droit romain. Le testateur peut d'ailleurs imposer à son héritier l'obligation d'acquérir une chose appartenant à autrui, pour la remettre au gratifié et, s'il ne peut le faire, soit par suite du refus du propriétaire de la vendre, soit en raison du prix excessif qu'il en demande, l'héritier devra en payer en argent la juste valeur. L'article 3752 du code argentin statue de même. Et le code chilien prévoit même deux hypothèses particulières dans ses articles 1108 et 1109 : si l'objet du legs devient la propriété du grevé avant le décès du testateur, le legs reste valable et au cas où il ne fait cette acquisition que postérieurement au décès, il devra remettre l'objet au légataire, à condition que celui-ci restitue ce qu'il aura reçu à la place de la dite chose.

Le code portugais en vigueur depuis le 1^{er} Juillet 1867 reprend l'ancienne solution du droit hollandais : le legs est nul à moins qu'il ne résulte du testament que le testateur ignorait qu'elle n'était pas sienne ; l'article 1802 décide que le legs d'une chose qui, au jour du testament, n'appartenait pas au testateur, mais qu'il a acquis par la suite, doit sortir son plein et entier effet, comme si elle avait été déjà sa propriété à la première époque. Si le testateur n'avait qu'un droit imparfait sur la chose, le legs n'est valable que relativement à ce droit, à moins qu'il ne soit prouvé que le défunt était persuadé que la chose lui appartenait en entier.

La solution du code espagnol est celle du droit romain : le legs n'est valable que si le testateur savait qu'il faisait une disposition de la chose d'autrui et la preuve en incombe au légataire (art. 861) ; l'acquisition de la chose entre le testament et le décès rend le legs valable ; le legs d'un objet mobilier désigné seulement

par son espèce générique, reste valable même s'il n'en existe pas dans la succession, mais celui d'une chose immobilière reste nul (art. 875).

Le nouveau code allemand de 1900 abandonne l'ancienne décision du code prussien et celle du code saxon (1) et son article 2169 déclare caduc d'une façon générale le legs de tout objet qui ne fait pas partie de la succession au jour du décès du testateur, à moins cependant que celui-ci prévoyant ce cas n'en impose pas moins l'obligation au grevé de le remettre au légataire : l'héritier devra se le procurer ou à défaut en payer la valeur. Le testateur peut en somme léguer la chose d'autrui à condition de s'exprimer clairement à ce sujet. Si le défunt n'avait que la possession de l'objet légué, l'article 2169 décide en outre que cette possession sera considérée comme l'objet du legs, à moins qu'elle ne confère à l'appelé aucun avantage juridique.

Le code civil Suisse du 10 Décembre 1907 a unifié la législation auparavant assez disparate des cantons suisses ; ceux qui touchaient à la France statuaient généralement dans le sens du code Français (Neuchâtel, Genève, Valais). Dans le canton de St-Gall, le testament était même annulé lorsque le testateur avait disposé des biens d'autrui sciemment ou non. Le nouveau code (art. 484) déclare le legs d'une chose déterminée qui ne se retrouve pas dans la succession caduc, à moins que le contraire ne résulte de la disposition.

Il règne en résumé une grande diversité dans la façon de résoudre la question provenant de sa complexité même dans le détail de laquelle nous allons entrer.

1. Le code saxon de 1863 adoptait la solution romaine.

CHAPITRE II

Du legs de la chose d'autrui

C'est donc l'article 1021 qui régit actuellement la question de savoir si le legs de la chose d'autrui est valable ou non. A s'en tenir au seul texte du code, il semblerait que l'on doive décider dans tous les cas et sans aucune exception que le legs de quelque façon qu'il soit fait est toujours nul et de nul effet. Une telle solution serait bien rigoureuse dans la plupart des cas où la volonté du testateur qui en somme est la chose primordiale en matière de testament, peut être interprétée facilement comme ayant entendu faire un legs durable. La jurisprudence, d'accord avec les auteurs, a tendu à ce but dans le cours du dix-neuvième siècle et nous allons voir, au cours de son examen, qu'elle est presque arrivée à faire, de ce qui était la règle, l'exception et réciproquement.

Section première : legs de la chose de genre. — Une première remarque s'impose à nous : l'article 1021, de par son sens même, implique nécessairement que le legs qu'il vise est un corps certain. Les choses de genre restent, à n'en pas douter, en dehors de son domaine et l'article 1021 ne peut s'appliquer qu'à un legs de chose déterminée appartenant à quelqu'un, par exemple la maison de Paul, le fonds de Paul, et non pas au legs de choses indéterminées telles que « dix mille francs » ou « dix boisseaux de blé » car alors, bien que ces objets ne se trouvent pas dans la succession du testateur, l'héritier n'en sera pas moins obligé, à la condition qu'ils soient dans le commerce, de les acheter pour les donner ou de payer au légataire la somme nécessaire pour les acquérir. Il en serait de même du don d'une maison de 10.000 francs sans la désigner quoiqu'il ne s'en trouvât pas dans la succession, même si le testateur avait eu en vue en faisant un tel legs la maison d'un tiers que celui avait dessein de vendre pour le prix de 10.000 francs ; le legs serait nul si le testateur

avait dit : je lègue la maison de Paul (ce tiers), mais fait comme legs d'une chose de genre, il reste valable. Il se réduit en réalité à celui d'une somme pour acheter tel objet.

Que l'art. 1021 soit inapplicable aux legs de quantités, cela ne peut paraître douteux ; il y a d'ailleurs une raison pratique majeure pour en décider ainsi : statuer en sens contraire conduirait à ce résultat regrettable que cela rendrait impossible en fait les legs un peu considérables en argent puisqu'il sera bien rare que le testateur, quelque riche qu'il soit, possède dans sa caisse au moment de son décès des valeurs en numéraire assez importantes pour acquitter tous les legs qu'il aura faits.

Cela a d'ailleurs été jugé à deux reprises d'une façon formelle et même dans des cas où un doute aurait pu naître d'après la rédaction du testament : d'abord le 2 Août 1836, par arrêt de la cour de Paris (D. rep. v. dispos. entre vifs n° 3759 note) dans une affaire Normand contre héritiers Angot, il a été décidé que le legs d'une inscription de rente d'une valeur déterminée ne peut, bien que la succession ne renferme qu'une rente de valeur supérieure, être annulé comme constituant un legs de corps certain qui ne se trouverait pas dans la succession et que la délivrance de la rente jusqu'à concurrence du montant spécifié par le testament devait être ordonnée en faveur du légataire. Puis la Cour de Lyon a confirmé cette solution le 25 juin 1789 (1) en déclarant également que le legs d'une somme déterminée suivi de cette mention : valeurs en action est valable quoique la succession du testateur ne comprenne aucun titre de cette nature ; une pareille disposition, dit l'arrêt, doit être considérée non comme un legs de corps certain mais comme l'indication d'un mode de paiement que le légataire serait libre d'imposer aux héritiers.

La jurisprudence est donc bien fixée et cette solution nous paraît acquise définitivement.

1. Dp. 1881. 2. 135.

Ajoutons qu'il faut, de toute évidence, que la chose léguée soit dans tous les cas déterminée ou au moins déterminable : le legs d'un terrain sans autre spécification serait évidemment inutile car il suffirait à l'héritier pour l'acquitter de livrer au légataire quelques mètres carrés d'un terrain sans valeur pour être libéré, ce qui serait manifestement ridicule.

Section deuxième : du legs de la chose d'autrui pur et simple. — Abordons maintenant la véritable question : celle qui se pose quand le testateur a légué sciemment ou non un corps certain appartenant à un tiers que nous supposerons n'être ni l'héritier chargé du legs ni le légataire gratifié lui-même ; le testateur a pu s'exprimer pour faire ce legs de multiples manières, soit qu'il l'ait fait purement et simplement, soit sous forme de legs alternatif de charge ou condition, soit qu'il y ait ajouté une clause pénale.

Ce sont ces différentes sortes de legs de la chose d'autrui que nous allons successivement passer en revue, afin de voir pour chacune s'il convient d'appliquer ou non l'article 1021 dans toute sa rigueur.

Prenons d'abord l'hypothèse la plus simple : celle où le testateur a légué purement et simplement la chose d'un tiers : la maison A qui appartient à Paul par exemple : il a pu dire : je lègue à Pierre la maison A ou je lègue à Pierre la maison de Paul ; au second cas, la rédaction de son testament prouve qu'il a légué sciemment la chose d'autrui ; au premier, il y a doute : Rome et notre ancien droit validaient toujours la deuxième disposition, laissaient au légataire le soin d'établir la validité de la première par la preuve de la connaissance qu'avait le testateur d'avoir légué une chose qui ne lui appartenait pas. Mourlon (II p. 429) a essayé de faire revivre cette solution romaine et, s'appuyant sur le langage des rédacteurs du code, a soutenu que ce que l'article 1021 avait voulu prohiber seulement était cette preuve, toujours difficile et délicate et source de procès ; cet article ne déclarerait donc nul le legs de la chose d'autrui qu'autant qu'il peut y avoir des doutes sur l'intention du testateur et il lui est permis de léguer la chose d'autrui sous la seule condition de le dé-

clarer expressément ; si donc le testateur a dit : je lègue à un tel la maison de Paul, le legs est valable. L'argument suivant a également été donné en faveur de cette thèse : si le testateur avait dit, je charge mon héritier d'acheter la maison de Paul pour la livrer à Pierre, le legs, nous le verrons plus loin, eût été valable, or, telle a été certainement son intention lorsqu'il a dit seulement « je lègue à Pierre la maison de Paul » et cette formule contient implicitement la même pensée qui se trouve explicitement dans l'autre, donc si l'un des legs est valable, l'autre ne peut être déclaré nul « *eadem vis est taciti atque expressi* ». On ajoute que l'article 1021 a pour but également d'empêcher que l'héritier ne soit grevé d'une charge plus lourde que celle que le testateur qui s'était peut-être fait illusion sur le chiffre de sa fortune avait cru lui imposer, or, ce motif n'existe pas si le testateur fait preuve par les termes mêmes qu'il emploie dans son testament que c'est bien sciemment qu'il a légué la chose d'autrui.

Cette opinion est loin d'être insoutenable, elle a incontestablement pour elle les paroles de Tronchet et de Treithard, mais l'article 1021 qui est sorti de ces discussions est si net et si formel dans son texte, qu'à moins de n'en tenir aucun compte, il n'est pas possible de valider une disposition qu'il déclare nulle en termes si précis. Nous sommes bien ici effectivement en présence du legs pur et simple de la chose d'autrui : ce n'est pas une prestation mise à la charge de l'héritier qui fait l'objet du legs, c'est uniquement et directement de la chose d'autrui que le testateur dispose ; il nous paraît impossible de soustraire un legs pareil à l'application de l'article 1021. L'objection tirée des motifs qui ont fait voter cet article, n'est pas assez forte pour que l'on doive s'y rendre, les quelques paroles rapportées par Fenet ne peuvent enlever au texte parfaitement clair et impératif sa portée, et ce ne serait pas interpréter le code, mais bien le contredire que de décider dans le sens de la validité du legs, si le testament indiquait le véritable propriétaire du bien légué. Nous devons cependant reconnaître que si le testateur a fait le legs en connaissance de cause il l'a vraisemblablement proportionné aux forces de la succession et

qu'il ne constituera plus pour l'héritier une charge trop onéreuse. Il est bien certain que la rigueur inutile du code eût été évitée et que le but de la loi aurait été atteint par un article qui eût exigé seulement pour la validité du legs de la chose d'autrui que le testament portât la preuve de ce fait que le testateur savait qu'il n'était pas propriétaire de la chose léguée (1) (Voir code italien art. 837, canton du Valais). En attendant cette réforme législative, nous ne pouvons qu'annuler tout legs conçu dans les termes ci-dessus.

Nous allons voir d'ailleurs, ce qui enlève à une telle décision une grande partie de sa portée, que le testateur peut, par d'autres moyens, faire d'un objet ne lui appartenant pas un legs utile.

Section troisième : Legs alternatif, legs avec clause pénale. — Paragraphe 1^{er} : Venons au cas où le testateur a, comme dans la section précédente, fait un legs direct de la chose d'autrui, mais qu'il a fait suivre le legs de la valeur estimative de cette chose, les deux propositions étant réunies par le terme ou : « je lègue à Pierre la maison de Paul, ou trente mille francs », que devons-nous décider alors ? nous sommes en présence d'un legs alternatif. Le premier legs est d'une chose d'autrui, nul, en vertu de l'article 1021, le deuxième d'une somme d'argent, une chose de genre, valable par conséquent comme nous l'avons vu. Or, reportons-nous à la matière des obligations : dans une obligation alternative deux prestations sont dues de telle sorte que le débiteur est libéré entièrement en exécutant une seule d'entre elle et le choix à faire appartient au débiteur ; il semblerait donc que la personne chargée d'acquitter le legs n'aurait qu'à porter son choix sur le premier des legs pour échapper à l'exécution du testament ; mais l'article 1192 décide également qu'au cas où une des choses comprises dans l'alternative n'est pas susceptible d'être l'objet d'une obligation, ce qui est le cas actuel, l'alternative seule est supprimée et l'obligation n'a plus qu'un objet unique :

1. Demante, op. cit. liv. 3, tit. 3, ch. 3, n° 166 bis.

la deuxième prestation reste due ; la question des risques reçoit une solution conforme.

Nous ne voyons rien qui puisse empêcher d'étendre à la matière des legs ces résultats et nous pensons que si le legs de la maison de Paul est nul, il ne s'ensuit pas que celui de la somme de trente mille francs, valeur de cette maison, le soit également : l'héritier, à la charge de qui le legs est mis, doit exécuter la deuxième proposition du legs et remettre au légataire la valeur estimative spécifiée au testament ; c'est en somme un legs de quantité avec indication d'un emploi.

Cette solution est adoptée par la majorité des auteurs : Demolombe (liv. 3, tit. 2, ch. 5, n° 677) ; Demante (liv. 3, tit. 3, ch. 5, n° 166 bis) ; Baudry et Colin (donat. et testam., t. 2, n° 2515) ; Aubry et Rau (5^e édit., t. 8, § 509).

Elle a été consacrée par un arrêt de rejet de la cour de cassation du 17 janvier 1811 (1) et par un arrêt plus récent de la cour de Bourges du 21 Novembre 1899 (2) dans une affaire : Commune du Chatelet contre Cornet, décidant qu'au cas où un propriétaire indivis avec un tiers lègue la totalité d'un immeuble ou, si le légataire universel chargé du legs le préfère, une somme égale à la valeur de cet immeuble, ce legs constitue une obligation alternative que le légataire universel doit exécuter à son choix en livrant la totalité de l'immeuble s'il est en mesure de le faire ou sa valeur en argent. Ainsi donc la validité du legs de la valeur de l'objet réagit en quelque sorte sur le legs de l'objet lui-même et lui rend sa vitalité que l'article 1021 lui aurait enlevé s'il avait été seul. La personne qui a charge d'exécuter le legs pourra s'en acquitter en livrant la chose d'autrui si elle peut l'acquérir ; l'article 1021 cesse totalement de s'appliquer en ce cas.

Il en est ainsi que le legs de la valeur estimative précède ou suit le legs de l'objet : l'ordre des deux dispositions peut servir à indiquer l'intention du testateur

1. Sp. 1811. 1. 28

2. Sp. 1900. 2. 276.

mais l'alternative subsiste ; il en serait encore de même et à plus forte raison au cas où le défunt aurait dit : Mon héritier livrera à Pierre la maison de Paul ou il lui paiera 30.000 francs ; il y a là la combinaison du legs d'un fait avec un legs alternatif et le legs d'un fait à accomplir par l'héritier est possible, comme nous le verrons plus loin.

Enfin, il y a encore lieu de valider le legs alternatif d'une chose appartenant à un tiers ou de sa valeur, sans indication aucune de chiffre : cette valeur est en effet facilement déterminable et sa non fixation dans le testament n'apparaît pas comme une raison suffisante pour annuler la disposition.

Paragraphe 2 : Nous en arrivons au cas tout à fait analogue où le testateur a disposé par testament de la chose d'autrui et pour en assurer la validité a fait suivre ce legs d'une clause pénale ; cette clause pénale peut être soit un autre legs mis à la charge de l'héritier pour le cas où le premier ne serait pas exécuté, soit la menace d'une peine ou d'une déchéance quelconque. Si le testateur a employé cette première sorte de clause pénale, il a fait quelque chose qui ressemble étrangement à un legs alternatif et nous devons décider de même, c'est ce qui fut jugé d'ailleurs dans les espèces suivantes : un testateur après avoir fait un legs de chose d'autrui léguaît pour le cas où il serait contesté un de ses biens propres ; ce deuxième legs fut déclaré valable et son exécution ordonnée encore que la contestation ne provint pas du fait des héritiers chargés du legs. Et en second lieu par arrêt de la cour de cassation du 1^{er} Mars 1831 (1) (affaire Laurent contre Juillet) : la veuve Laurent avait fait entre ses enfants le partage des biens de son défunt mari : disposition de la chose d'autrui par conséquent et avait légué à un de ses enfants au cas où les autres attaqueraient le partage le quart de ses biens propres par préciput ; l'arrêt décida qu'une telle disposition était parfaitement valable : « Attendu que la dame Laurent, disait-il, pouvait directement et sans condition disposer

1. Sp. 1831. 1. 300.

du quart de ses biens à titre de préciput et qu'en subordonnant cette disposition à l'exécution du partage des biens paternels qu'elle avait fait entre ses trois enfants la dame Laurent n'a pas privé ses deux filles du droit de faire annuler ce partage. Ce n'est autre chose qu'une disposition conditionnelle, une option laissée au libre arbitre des parties intéressées, ce qui ne présente rien de contraire aux lois. » La non exécution du legs du bien propre du testateur est, aux termes de cet arrêt, subordonné à la condition que les héritiers n'attaqueront pas la disposition première du bien d'autrui; or reportons-nous à l'article 900 du code civil; il déclare non écrites les conditions impossibles, contraire aux lois ou aux mœurs en matières de dispositions testamentaires; qu'y a-t-il qui puisse offenser la morale ou les lois prohibitives dans une telle condition qui laisse aux héritiers chargés du legs la faculté d'attaquer la disposition qu'ils estiment nulle s'ils croient devoir le faire? Rien du tout à notre sens.

Et d'autre part, d'après les principes du droit commun, une clause pénale n'est nulle que si la disposition qu'elle avait pour but de sanctionner était nulle elle-même comme contraire à l'ordre public, elle reste valable quand elle ne fait que suivre une disposition qui n'est nulle que d'une nullité d'ordre privé. Or, l'article 1021 ne peut à aucun titre passer pour statuer sur une prohibition intéressant l'ordre public: la clause pénale reste valable. Il a été cependant jugé en sens contraire par arrêt de la Cour de Caen du 9 Juin 1874 (1) déclarant illicite la clause pénale qui a pour objet de protéger un partage d'ascendant contenant les biens propres du conjoint prédécédé, par conséquent la chose d'autrui, mais cette distinction est justement critiquée comme écartant sans motif légitime la volonté du testateur qui était cependant bien légitime. La solution serait la même si cette clause n'était pas comme nous l'avons supposé jusqu'ici un deuxième legs et consistait par exemple dans une exhérédation totale ou partielle.

1. Sp, 1876. 2. 233.

Section quatrième : legs de la chose d'autrui sous forme de charge ou de condition.— C'est avec ces deux sortes de legs que nous allons trouver les dérogations les plus fréquentes à la règle posée par l'article 1021 en matière de legs de choses appartenant à un tiers et aussi celles qui sont le plus généralement admises. — § I. *Legs sous forme de charge.*

Les auteurs et la jurisprudence moderne sont partis de cette remarque que le legs d'une chose n'est pas le seul autorisé ; le legs d'un fait à la charge de l'héritier est également chose possible et le testateur peut obliger ce dernier à accomplir au profit d'un légataire tel ou tel acte, telle ou telle obligation de faire ou de ne pas faire ou encore de donner (1). Et alors pourquoi le disposant ne pourrait-il charger son héritier d'acheter en vue de le remettre à celui qu'il veut avantager un bien appartenant à un tiers ? Il ne léguera pas ainsi directement la chose d'autrui mais seulement un fait qui ne paraît rien contenir d'illicite ni de contraire aux lois ; qu'il dise par exemple : « je charge mon héritier d'acheter la maison de Paul et de la remettre à Pierre » ; un tel legs ne tombera pas sous le coup de l'article 1021 et sera parfaitement valable. Telle est la solution communément admise à l'heure actuelle. Elle a donné lieu d'ailleurs à de vives critiques. Merlin, en particulier, (repert. addition. voir legs, sect. III, § 3, p. 606), s'est montré particulièrement hostile à une semblable théorie ; il ne suffit pas selon lui de faire un legs de la chose d'autrui sous forme de charge imposée à un héritier ou un légataire pour le rendre valable : un simple subterfuge de langage et l'article 1021 serait lettre morte, on consacrerait une simple distinction de forme parfaitement absurde ; d'autre part, ce que le code défend, c'est le legs de la chose d'autrui tel que l'ancien droit le permettait ; or l'ancien droit en permettant le legs de la chose d'autrui ne faisait pas autre chose que d'interpréter la volonté du testateur en ce sens qu'il avait imposé à son héritier l'obligation de l'acheter pour la livrer au légataire ou de

1. *Non solum res sed etiam facta legari possunt.*

lui en payer l'estimation ; l'article 1021 défend donc un legs ainsi fait contenant obligation d'acheter ; d'ailleurs, selon les principes de notre droit, personne ne peut valablement s'obliger à livrer la chose d'autrui et le testateur ne peut non plus imposer une pareille obligation à son héritier ou à son légataire. Enfin, si on admet cette déviation, on ne saura plus où s'arrêter et il faudrait également valider le legs dans lequel le testateur se serait borné à dire : « je lègue à Pierre la maison de Paul » car on devait alors sous-entendre tacitement la charge de l'acheter imposée à l'héritier.

Malgré ces arguments, nous pensons que cette thèse ne saurait être admise, car d'abord il n'y a pas une simple distinction de mots mais bien une différence de fond essentielle : le testateur lègue un fait et non une chose et nous avons dit que le legs d'un fait était parfaitement autorisé à condition d'être licite ; or, quoi de plus licite que celui d'acheter une maison ou un objet à un tiers ? D'autre part, le code lui-même nous fournit un autre argument tout aussi irréfutable, il dispose dans son article 1020 que si la chose léguée est grevée d'une hypothèque ou d'un usufruit, l'héritier peut être chargé par le de cujus de la dégager de cette hypothèque ou de cet usufruit par une disposition expresse du testament : voilà notre cas actuel à cette seule différence minime près que l'article 1020 prévoit le rachat d'un droit incomplet sur la chose tandis que nous parlons de l'achat de la propriété complète de l'objet légué ; la solution ne peut être différente dans les deux espèces.

L'immense majorité des auteurs se prononce donc actuellement dans le sens de la validité du legs de la chose d'autrui fait sous forme de charge, Marcadé (liv. 3, tit. 5, s. art. 1423), Demolombe (liv. 3, tit. 2, ch. 5, n° 682), Demante (liv. 3, ch. 5, n° 166 bis, n°5), Laurent (tit. 3, ch. 5, n° 130), Baudry et Colin (Donat et testam. t. 2, n° 2515), Planiol (tome III, p. 706), Aubry et Rau (t. 10, succ. testam., § 675, 676, n° 3).

Si le propriétaire de l'objet légué consent à vendre la chose objet du legs, celui-ci s'exécutera facilement, mais supposons qu'il refuse, c'est alors qu'apparaîtra à notre sens la véritable difficulté de la question : le

legs deviendra-t-il nul par suite de l'impossibilité où on sera de l'exécuter ou sera-t-il valable, non en nature, mais en argent ?

Si le testateur avait dit : « je charge mon héritier d'acheter la maison de Paul et de la livrer à Pierre, et à défaut, il lui paiera trente mille francs » aucun doute n'était possible, l'estimation est due si le propriétaire ne consent pas à céder sa maison (1), mais si le défunt n'a donné aucune estimation, devons-nous y suppléer et décider qu'elle serait encore due ? Il y aurait à adopter l'affirmative une raison pratique, on pourrait craindre en effet, si on décidait en sens contraire, une collusion entre l'héritier et le propriétaire à l'effet de décider ce dernier à refuser de vendre son bien et de rendre par là le legs caduc ; et d'autre part, si on admet la validité du legs de la chose d'autrui, il faut l'admettre avec les conséquences, fort raisonnables d'ailleurs, que le droit romain y avait attachées. Mais cependant, il semble bien que le legs ainsi fait tombe sous le coup des articles 1042 et 1302 qui déclarent le legs caduc si l'objet légué vient à périr par cas fortuit : dans le cas que nous étudions, il arrive en effet que sans aucun fait imputable à l'héritier la chose, qui est par hypothèse certaine et déterminée, ne peut pas être délivrée au légataire, d'après le droit commun l'héritier doit donc être affranchi de son obligation ; et de plus est-il bien sûr que le défunt ait voulu qu'à défaut de l'objet lui-même son héritier soit tenu de payer une somme d'argent en représentant la valeur au légataire ? Son intention reste incertaine et répondre affirmativement en serait une interprétation tout à fait arbitraire. Dans le doute, alors surtout que le testateur pouvait s'expliquer aisément, il nous semble plus sûr de ne pas suppléer, d'office en quelque sorte, cette obligation subsidiaire à la charge de l'héritier et de décider qu'en pareil cas le legs de l'objet seul peut être réclamé par le gratifié. Et en répondant ainsi nous mettons à néant l'argument donné par les adversaires du legs sous for-

1. a fortiori il faut valider le legs d'une certaine somme fait au légataire pour acquérir la chose d'autrui.

me de charge, que l'héritier ne peut s'obliger à livrer la chose d'autrui, car cet argument n'a de valeur que si, à défaut de la remise de la chose au légataire, l'héritier est tenu d'en payer l'estimation et serait par conséquent responsable du refus par le propriétaire de vendre son bien ; d'après notre thèse il n'en sera pas ainsi : si le propriétaire refuse de céder sa chose l'héritier est libéré.

Mais alors se pose la question de savoir si au cas où le propriétaire de la chose léguée ratifie le legs postérieurement au décès en consentant à le céder, l'héritier chargé du legs est lié par cette acceptation et est obligé d'acquiescer la chose pour la livrer au légataire ou s'il peut se contenter de lui en fournir l'estimation. La cour de Liège a décidé le 13 août 1835 que cette option ne lui appartenait pas et à juste titre car une décision en sens inverse eût été manifestement contraire à l'intention du testateur.

Paragraphe 2. — Legs sous forme de condition. — Le testateur peut encore léguer la chose d'autrui en en faisant une condition d'un autre legs : je lègue à un tel l'universalité de mes biens ou tel bien déterminé s'il donne — (ou à la condition qu'il donne) — à Pierre la maison de Paul (ou la maison A, laquelle par hypothèse appartient à Paul). Pouvons-nous malgré l'article 1021 déclarer le legs fait à Pierre valable ? Nous retrouverons cette question (1), en étudiant le legs de la chose de l'héritier car le legs imposé comme condition est presque toujours celui d'un bien de l'héritier ou du légataire universel et la jurisprudence n'a eu à statuer que dans ce cas ; elle a décidé d'une façon à peu près constante dans le sens de la validité du legs ; or, comme nous verrons que le legs de la chose de l'héritier doit être assimilé au legs de la chose d'autrui, il s'ensuit que la solution que nous devons donner au cas actuel doit être identique avec cette seule différence que quand il s'agit de la chose de l'héritier, il ne peut s'affranchir du legs conditionnel qu'en abandonnant la disposition principale faite en sa faveur tandis qu'au cas

1. voir *infra* page 42.

actuel, si le propriétaire refuse de céder sa chose, il est libéré par la remise au légataire gratifié de son estimation.

Section cinquième : Le testateur lègue une chose à laquelle il a un droit futur, incertain ou conditionnel.

— Supposons maintenant que le legs porte sur une chose appartenant à autrui mais d'une façon incomplète et sur laquelle le testateur avait des droits sans que pour cela la chose fut indivise entre ce tiers et le défunt. On estime avec raison qu'alors il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 1021 : le legs aura en effet une base solide : le droit qu'a le testateur sur la chose, et rien n'interdit de léguer un droit quel qu'il soit, ne serait-il que futur, incertain ou même conditionnel ; le légataire n'obtiendra bien entendu que le droit imparfait qu'avait son auteur sans pouvoir prétendre à la totalité de la chose, mais le legs sera valable quoique le testateur ait par erreur légué la totalité de la chose. Cette situation se présentera généralement dans les hypothèses suivantes ; le testateur n'avait que la possession de la chose sans en avoir acquis la propriété : il lègue une chose dont il n'a actuellement que la nue propriété, ou encore une chose qui est la propriété d'autrui, mais sur laquelle il a un droit de retour légal ou conventionnel et d'une façon générale dans tous les cas où le testateur a un droit conditionnel à la propriété de la chose léguée. La cour de cassation a fait une application intéressante de ce principe dans le premier cas, en décidant la validité au legs d'un droit qui n'était pas encore définitivement fixé sur la tête du testateur et simplement éventuel : Une testatrice avait légué un immeuble qu'elle possédait depuis plus de trente ans, mais insérait dans son testament une clause expresse par laquelle elle déclarait qu'elle entendait que son légataire ne pourrait se prévaloir de la prescription pour faire écarter la revendication du véritable propriétaire si celui-ci en formait une en temps utile après son décès. La Cour, par arrêt du 24 Mars 1869 (1), décida que

1. Sp. 1869. 1. 148.

la propriété de cet immeuble ayant été acquise à la testatrice avant son décès, son héritier quoique ne pouvant se prévaloir à l'égard du véritable propriétaire de la prescription, conservait à l'égard de tout autre les droits attachés à sa possession et que ces droits avaient pu être légués par la défunte sous telle condition qu'il lui avait plu de fixer. En d'autres termes, elle léguait des droits susceptibles d'être perdus, mais susceptibles aussi d'être définitivement consolidés sur la tête de l'héritier, en raison de l'absence de revendication du propriétaire véritable en temps opportun ; elle ne léguait donc pas la chose d'autrui. Une telle décision nous paraît absolument conforme et aux intentions du testateur et à la loi. Les applications les plus fréquentes qui ont été faites de ce principe l'ont été au cas où le testateur a légué l'usufruit d'une chose dont il n'avait que la nue propriété : l'auteur de la libéralité a un droit éventuel à cet usufruit qui doit être rattaché au jour du décès du tiers à la nue propriété et que le testateur pourrait même recueillir de son vivant s'il survit au bénéficiaire actuel de l'usufruit ; (1) le legs de l'usufruit est donc d'un droit futur parfaitement valable.

Il a été jugé de même à maintes reprises que le legs de l'usufruit de tous les biens qui composeront la succession du testateur pour en jouir à partir de son décès comprend même l'usufruit des biens dont au jour du décès le testateur n'avait que la nue propriété : l'usufruit prendra naissance pour le légataire au décès du tiers bénéficiaire actuel : cours de Rennes 19 Mai 1863 (2), cour de Bordeaux, 16 juin 1863 (3) Rouen (cité en note), Cassation 15 Mai 1865 (4). La majorité des auteurs se prononce dans le même sens : Demolombe

1. Attendu, dit un arrêt de la cour de Rouen du 20 décembre 1852 (D. 1853. 2. 253) que le droit du propriétaire comprend virtuellement le droit à la jouissance pour le moment où s'éteindra l'usufruit et que cette éventualité est dans ses biens et a la faculté d'en disposer (affaire Deveulles contre Delatour).

2. Alors surtout que l'âge du tiers avait pu faire penser au testateur que l'usufruit prendrait fin avant son décès, Sp. 1863. 2. 263.

3. Sp. 1863. 2. 263.

4. Dp. 1865. 1. 431.

(liv. 3, tit. 2, chap. 5, n° 650), Laurent (tit. 4, ch. 5, n° 133), Baudry-Lacantinerie et Colin (Donat. et test. tom 2, n° 2523) Planiol (t. III, p. 706).

La cour de Lyon dans son arrêt du 4 juillet 1873 (1) a même décidé que le legs de l'usufruit d'un immeuble compris dans une succession indivise entre le testateur et un tiers, alors que diverses décisions judiciaires avaient déjà fixé les droits du testateur dans cette succession, était valable et que la non intervention du légataire au partage des biens opéré à sa connaissance entre le testateur et les autres ayants-droit emportait renonciation par lui au legs.

Sera-t-il nécessaire, pour comprendre l'usufruit de la chose léguée dans la disposition que le testateur en fasse mention expresse dans son testament ou cette extension s'induirait-elle naturellement de la simple énonciation du bien légué sans restriction à la nue propriété ?

La question s'est posée plusieurs fois au sujet de l'usufruit de la réserve des ascendants telle qu'elle était définie avant la loi du 14 février 1900 par l'article 1094 (ancien) et fut résolue différemment suivant les arrêts : l'époux pouvait alors léguer à son conjoint même l'usufruit de la portion de sa succession réservée par l'article 915 ancien aux ascendants. Par deux fois, les cours d'Agen et de Bastia ont, le 10 décembre 1827 (2) et le 12 janvier 1859 (3) estimé que la disposition par laquelle un époux institue son conjoint légataire universel ne comprend pas l'usufruit de la portion des biens réservés aux ascendants à moins de volonté expressément formulée au testament. Cette doctrine ne paraît plus avoir été suivie en jurisprudence car le premier de ces arrêts a été cassé par la cour de cassation le 16 Mars 1830 (4) et plusieurs décisions judiciaires sont survenues depuis décidant que le legs fait à un époux de la totalité de la succession comprenait sans déclaration expresse de la part du testateur,

1. Dp. 1874. 5. 526.

2. Sp. 1828. 2. 91.

3. Dp. 1860. 5. 124.

4. Dp. 1830. 1. 145.

l'usufruit de la réserve légale des ascendants, sauf au conjoint gratifié à n'exercer son droit qu'après l'extinction de celui de l'ascendant réservataire, cassation 24 Avril 1854 (1), Cassation 19 Mars 1862 (2), cassation 15 Mai 1865 (3), confirmant un arrêt de la cour de Bourges du 27 Avril 1864. La controverse a été définitivement tranchée dans le sens le plus libéral ; la question ne pourrait plus se présenter d'ailleurs maintenant dans ce cas particulier que si la disposition était contenue au contrat de mariage des époux et que ce contrat fût antérieur à la loi du 14 Février 1900, mais la solution doit être appliquée d'une façon générale. Il y a lieu de remarquer en effet que dans la dernière espèce citée (Cassation 15 Mai 1865), l'usufruit objet du legs appartenait à l'ascendant dès l'époque du testament et que le legs fait au conjoint portait par conséquent bien sur une chose d'autrui à laquelle le testateur n'avait qu'un droit futur, ce qui est l'hypothèse générale.

Section sixième : Du cas où le testateur devient propriétaire de l'objet légué après la confection du testament. — Si le testateur est au jour de son décès propriétaire de la chose léguée pour l'avoir acquise postérieurement à son testament, le legs qui était d'une chose d'autrui à ce moment ne l'est plus alors. Or, à quel moment faut-il se placer pour apprécier la validité du legs ? au deuxième, sans contredit, il suffit à la première de ces époques que le testateur soit capable de tester, ce qui est supposé par principe ; quant à la validité des dispositions contenues dans le testament, elles ne peuvent s'apprécier qu'à la mort, sans cela à l'inverse l'aliénation de l'objet légué entre le testament et le décès ne devrait pas entraîner la révocation du legs. (Le code ignore en effet la règle catonienne qui conduirait à une solution inverse). La solution précédente est admise par la presque totalité des auteurs : Demolombe (liv. 3, tit. 2, ch. 5, n° 681 bis) ; Demante et Colmet de Santerre (liv. 3, ch. 5, sect. 6, n° 166 bis) ;

1. Dp. 1854. 1. 256.

2. Dp. 1863. 1. 27.

3. Dp. 1865. 1. 431.

Laurent (tit. 3, ch. 5, n° 129), Aubry et Rau (lome 10, succes. testam. n° 675, 676, n° 3) et elle doit s'appliquer quelle que soit la façon dont la chose est acquise ; seul Zachariæ (édit. Massé-Vergé, t. 3, p. 121, parag. 676, note 3) pense que dans ce cas le legs reste nul ; un pareil legs argumente-t-il, est déclaré nul par une disposition spéciale de la loi ; on ne peut pas se prévaloir de l'abrogation tacite de la règle calonienne pour soutenir qu'il devient valable lorsque le testateur acquiert la propriété de la chose léguée. Mais une telle argumentation s'appliquerait à toutes les nullités établies en matière de legs par des dispositions spéciales, notamment aux incapacités de recevoir et cependant Zachariæ enseigne lui-même (parag. 650 texte et note 6) que l'incapacité du légataire au moment de la confection du testament ne fait pas obstacle à la validité du legs si le légataire devient capable à la mort du testateur. De plus, cette opinion de Zachariæ nous paraît contraire au texte même de l'article 1021 qui ne détermine pas l'époque à laquelle le testateur doit être propriétaire de la chose léguée, époque qui doit en conséquence être fixée, selon les principes du droit commun, au jour du décès, car c'est à ce moment seul que l'on peut se placer pour examiner si le testament, en ce qui concerne les choses sur lesquelles il porte, est ou n'est pas susceptible d'exécution.

Il n'y a pas de jurisprudence sur la question, mais il est certain qu'étant donnée la tendance actuelle la solution serait conforme à celle que nous proposons et la validité du legs reconnue.

L'opinion contraire n'aurait pour effet que de créer une rigueur inutile qui se comprendrait d'autant moins que l'héritier n'est privé en somme que d'un objet de la succession et que nous verrons plus loin que la jurisprudence valide souvent le legs d'un bien de l'héritier lui-même.

La même solution est d'ailleurs adoptée pour la donation entre vifs de la chose d'autrui.

Section septième : Garantie en cas d'éviction. — Si quoique la chose léguée soit la propriété d'autrui, le légataire a été cependant envoyé en possession, mais

que par la suite il en soit évincé par la revendication du propriétaire, pourra-t-il se retourner vers l'héritier et lui demander de le garantir ? Il n'y a pas en principe lieu à recours pour éviction en matière de dispositions à titre gratuit, il ne peut donc être question de garantie au sens strict du terme. Ce serait plutôt une action subsidiaire en paiement d'une somme d'argent qui appartiendrait au légataire à défaut de l'obtention du legs en nature. Ce recours ne pourra être admis dans le cas des legs de la chose d'autrui et le légataire évincé n'aura certainement pas d'action en indemnité contre celui qui a fait la délivrance, car de deux choses l'une ou le testateur était propriétaire de l'objet ou il ne l'était pas. Au premier cas, l'éviction vient de l'erreur du juge, ce qui est un cas fortuit dont l'héritier n'a pas à répondre ou bien du fait du légataire qui n'a pas su se défendre. Au deuxième cas, le testateur n'étant pas propriétaire, le legs est nul conformément à l'article 1021.

Il y aurait cependant lieu à recours au profit du légataire, contre l'héritier si le legs portait sur une chose de genre en vertu de l'art. 1238, ou, si tout en portant sur un corps certain le légataire avait succombé par le fait des héritiers qui ne lui avaient pas fourni les titres de propriété ou le moyen de se défendre (art. 1382-1383).

Il y aurait encore lieu à garantie s'il apparaissait que telle a été la volonté bien arrêtée du testateur ; il a été décidé dans ce sens (Grenoble 31 janvier 1815) affaire Genissieu c/, Couchon (1) qu'un héritier peut être tenu de garantir le légataire de l'éviction de la chose qu'il croyait lui appartenir a voulu donner au légataire une chose de même valeur dans le cas où ce dernier serait privé de l'objet légué ; une telle présomption pourrait résulter des liens de parenté ou d'alliance qui existeraient entre le testateur et le légataire ou bien des services que ce dernier avait rendus au défunt. Nous pensons cependant qu'il faut exiger pour autoriser le légataire à agir une manifestation formelle de la volonté du testateur conformément à ce que nous avons

1. D rep. voir dispos. testam. n° 3796.

dit au sujet du legs de la chose d'autrui fait sous forme de charge.

Enfin il y aurait lieu à garantie dans les termes du droit commun si, le legs étant valable conformément aux distinctions que nous avons exposées, l'éviction résultait d'une créance hypothécaire contractée par le défunt ; le légataire particulier n'étant pas tenu des dettes, l'héritier reste tenu de le garantir des poursuites des créanciers, ou s'il a été obligé de dégager l'hypothèque de lui rembourser ce qu'il a payé à cet effet (art. 874).

Nous venons de passer en revue les différents cas où se présente le legs de la chose d'autrui et l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence actuelle. Que reste-t-il donc de la révolution que le code devait accomplir dans la solution de la question et sur quels points sera-t-elle différente de l'ancien droit ? Simplement au cas de legs direct d'un corps certain appartenant à autrui et que le testateur savait appartenir à ce tiers et au cas où le legs est fait sous forme de charge sans legs subsidiaire de la valeur estimative et où le propriétaire refuse de le céder. Hors ces deux cas, toutes les autres espèces se résolvent dans le même sens que dans notre ancien droit et l'article 1021 leur est inapplicable. Quand le testateur aura disposé de la chose d'autrui soit sous forme de charge ou de condition, soit encore qu'il ait vocation à la dite chose ou l'ait acquise avant son décès, le legs sera valable. Et comme il arrivera la plupart du temps que le testateur se sera servi de quelque'un de ces derniers modes de léguer la chose d'autrui, il n'est pas exagéré de dire que l'art. 1021 ne représentera plus que l'exception alors que la vraie règle sera celle de la validité d'une telle disposition testamentaire. Y a-t-il lieu de le regretter ? Non, assurément, car en matière de testament nous devons avant tout chercher la volonté du testateur et la rendre efficace toutes les fois qu'il ne se présente pas un obstacle absolu et décisif de la repousser. Et nous venons de voir qu'en l'espèce il n'existait aucun empêchement qui nous l'interdise sérieusement.

CHAPITRE III

Le legs de la chose de l'héritier

Nous venons de voir ce qu'il convient de décider quand le testateur a légué de quelque façon que ce soit une chose n'appartenant ni à lui-même ni à son héritier ou son légataire universel chargé du legs, ni encore au légataire particulier gratifié lui-même. Ces solutions sont-elles encore applicables au cas où le défunt a légué non la chose d'un tiers mais bien celle de son héritier ? l'examen de cette question va faire l'objet de ce chapitre.

Section première : Historique. — En droit romain le legs de la chose de l'héritier était valable. *Non solum testatoris vel hæredis res sed etiam aliena legari potest* » ; Mais on la distinguait de la chose d'un tiers au point de vue des conditions de validité de la disposition et la distinction essentielle suivant laquelle le legs était validé ou annulé, à savoir la connaissance par le *de cujus* du véritable propriétaire de l'objet était écartée quand ils s'agissait de la chose de l'héritier : le legs d'un tel objet était toujours valable que le testateur eût su ou non que la chose ne lui appartenait pas. (*Inst.* 67, § 8, *de leg.* 2°).

Le legs était en quelque sorte assimilé au point de vue de la validité au legs d'un bien du testateur lui-même ; aucune espèce de preuve n'incombait au légataire gratifié. L'héritier chargé du legs ne pouvait même pas se dispenser de le délivrer au légataire en lui offrant son estimation à moins que celui-ci ne s'en contentât.

Pour justifier cette solution on disait qu'il existe une grande différence entre les deux espèces du legs ; celui de la chose d'autrui, et celui de la chose de l'héritier en léguant la chose d'autrui, je lègue une chose qu'il n'est pas au pouvoir de mon héritier de donner, à moins que le propriétaire de la chose ne consente à la vendre ; en léguant une chose qui appartient à mon héritier je ne lègue que ce qu'il peut donner et par cette raison les

lois romaines déclaraient le legs valide sans examiner si le testateur avait ou n'avait pas su que la chose ne lui appartenait pas : « *Si rem tuam quam existimabam meam te hærede instituto Titio legem ; non est Neratii. Prisci sententiæ nec Constitutioni locus qua cavetur non cogendum præstare legatum hæredem. Nam succursum est heredibus ne cogerentur redimere quod testator suum existimans relinquit. Sunt enim magis in legandis suis rebus quam in alienis comperandis et onerandis heredibus faciliores voluntates ; quod in hac specie non evenit cum dominium rei sit apud hæredem* (même loi).

Cette décision du droit romain fut adoptée d'une façon unanime par nos anciens auteurs : Domat (liv. 4, lit. 2, sect. 3, § 7), Pothier (donat. testam., p. 26), Furgole (ch. vii, sect. 1), Ricard (part. 3, ch. 3, sect. 3., n° 292), se prononcent tous dans ce sens. D'après Furgole même il suffirait que la chose appartienne à l'héritier lorsque le legs doit être délivré quoiqu'elle fût à un autre au temps du testament parce que, dans l'un et l'autre cas, l'héritier qui se trouve propriétaire de la chose léguée n'a pas besoin de la racheter pour la livrer au légataire et il a une égale facilité pour la donner à celui-ci ; l'héritier chargé du legs est obligé de délivrer la chose sans examiner non plus si le légataire est une de ces personnes « *proximæ vel conjunctæ* » dont nous avons déjà parlé, ou s'il est absolument étranger parce que l'institution n'est censée faite en faveur de l'héritier que sous la condition légale de satisfaire au legs dont le testateur l'a chargé. L'héritier ne pourrait se dispenser de la prestation de cette chose qu'en abandonnant tous les biens disponibles de la succession.

Telles sont également les décisions de la presque totalité des coutumes de notre ancien droit.

Nous verrons dans la section suivante ce que le droit moderne décide à ce sujet.

Disons un mot auparavant des législations étrangères : les anciens codes (code prussien, bavarois, autrichien, le code saxon de 1865) validaient le legs de la chose de l'héritier, avec charge de le remettre à un

tiers. Le code Sarde dans son art. 815 déclarait également le legs de la chose de l'héritier avec charge de le remettre à un tiers valable ; il exige donc que le testateur connût que la chose n'était pas son bien. Dans le Valais, le legs de la chose de l'héritier est toujours valable mais cependant il est apporté un tempérament à l'obligation du débiteur du legs ; il peut à son choix livrer l'objet lui-même ou en payer la valeur.

Parmi les législations actuellement en vigueur, le nouveau code italien considère dans tous les cas, le legs de la chose de l'héritier comme valable (article 838), qu'il ressorte ou non du testament que le testateur savait à qui elle appartenait.

Le code néerlandais autorise le *de cuius* à imposer à son héritier ou au légataire grevé l'obligation de faire sur ses propres biens telle ou telle prestation ou remise de dette au profit du gratifié : le testateur devra s'en exprimer clairement et savoir par conséquent que c'est d'un bien de son successeur qu'il dispose.

Les codes du Chili et du Pérou ne tranchent pas expressément la question, mais la solution est donnée par analogie avec celle qu'ils adoptent pour le legs de la chose d'un tiers, elle est semblable à celle des Pays-Bas.

La même décision est en vigueur au Portugal (art. 1803 du code portugais) et en Espagne (art. 863) ; si l'héritier ne veut pas exécuter le legs, il devra renoncer à l'hérédité, s'il accepte, il sera tenu de donner soit l'objet légué soit sa valeur. Le code allemand ne prévoit pas le cas, mais il autorise le testateur à imposer à son héritier l'obligation de livrer la chose d'un tiers au légataire gratifié, à plus forte raison l'autorise-t-il quand il s'agit de la chose même de l'héritier : une déclaration expresse du défunt sera toutefois nécessaire. Le code suisse décide dans le même sens.

D'une façon générale, nous pouvons donc dire que le legs de la chose de l'héritier est considéré comme valable ; les différentes législations étrangères actuelles ne diffèrent que suivant qu'elles exigent ou non une déclaration expresse de la part du testateur.

Section deuxième : Droit moderne. Paragraphe 1^{er}. — Le legs de la chose de l'héritier est-il legs de la chose d'autrui ? — La première question qui se pose est celle de savoir si la chose de l'héritier doit ou non être, au point de vue de la validité des dispositions testamentaires dont elle serait l'objet, assimilée à la chose d'autrui.

Nous venons de voir que le droit romain et notre ancien droit, distinguaient les deux espèces de legs au point de vue de la preuve à fournir par le légataire ; une distinction analogue doit-elle être maintenue et devons-nous soustraire à l'application de l'art. 1021 le legs de la chose de l'héritier ; l'affirmative compte des partisans considérables qui argumentent ainsi ; les rédacteurs du code dont les modèles étaient nos anciens auteurs et notamment Pothier ont employé le terme de « chose d'autrui » dans l'acception traditionnelle qu'il avait eu jusque-là, c'est-à-dire comme signifiant chose d'un tiers par rapport et au testateur et à l'héritier chargé du legs. D'autre part Toullier (t. 5, liv. 3, tit. 2, ch. 5, p. 489) qui a vigoureusement défendu cette thèse pense qu'il existe une grande différence entre les deux espèces de legs : en léguant la chose d'autrui je lègue une chose qu'il n'est pas au pouvoir de mon héritier de donner, à moins que le propriétaire de la chose ne consente à la vendre ; en léguant une chose qui appartient à mon héritier je ne lègue que ce qu'il peut donner », on s'explique donc la pensée du testateur dans ce dernier cas et le legs ainsi fait devient tout à fait normal et parfaitement rationnel ; il reste encore possible, l'art. 1021 n'ayant statué expressément que pour la chose d'autrui. Cette théorie soutenue également par Duranton (liv. 3, tit. 2, n° 254), Delvincourt, t. II, p. 576), trouva à un certain moment écho auprès des tribunaux : Turin 26 Août 1806, Bruxelles 4 Janvier 1817, Baslia 3 Février 1836 (1), mais malgré son apparence séduisante et conforme en somme à la tendance actuelle qui cherche à réduire au minimum l'applicabilité de l'art. 1021, nous devons la considérer comme absolu-

1. Sp. 1836, 2, 248.

ment inadmissible : remarquons d'abord que le deuxième argument pour être convaincant supposerait que le testateur léguaît la chose de son héritier en connaissance de cause et que par conséquent en ce cas seulement il serait valable : ce n'est pas ce que décidaient les traditions antérieures sur lesquelles ces auteurs même veulent s'appuyer. D'ailleurs le premier argument ne saurait résister davantage ; si dans le droit romain les termes « chose d'autrui » ne visaient pas la chose de l'héritier, c'était par une conception purement fictive et exceptionnelle ; le code a manifestement rompu sur ce point avec les anciens principes et cette expression doit être entendue maintenant dans son sens véritable et absolu : or, la chose de l'héritier est incontestablement à l'égard du testateur la chose d'autrui et l'article 1021 doit par conséquent s'y appliquer.

Et qui plus est, qui nous prouve que le testateur en léguant un bien appartenant à son successeur ne l'a pas fait par erreur quand les termes du testament ne sont pas formels ? il a pu se croire plus riche qu'il n'était et s'il avait su que l'objet légué ne lui appartenait pas, aurait-il fait le legs ? Il faudrait pour s'en assurer autoriser le légataire à en faire la preuve et rouvrir ainsi l'ère des procès que le code a voulu fermer.

Enfin, nous ne voyons pas bien en quoi le legs de sa chose sera moins onéreux pour l'héritier que celui de la chose d'un tiers et pourquoi le legs sera moins exorbitant du droit commun ; nous irions plutôt jusqu'à penser que l'opinion inverse serait plus près de la réalité, car, à valeur égale de deux objets légués, l'héritier préférera sans doute acheter la chose d'un tiers que de livrer la sienne à laquelle il s'était attaché et qui présentait très probablement à ses yeux une bien plus grande valeur. La distinction que le droit romain faisait entre le legs de la chose de l'héritier et celle d'un tiers est bien loin d'être plausible et même raisonnable et ne mérite pas d'être conservée. La majorité des auteurs a décidé de la sorte : Troplong (des donat., t. 4, n° 1948), Merlin (rep. V^e legs add. t. xvi, p. 602). Demolombe (liv. 3, tit. 2, ch. 5, n° 687), Demante (liv. 3, tit. 3, ch. 5, n° 163 bis, 3), Planiol (t. III, p. 707) et la question ne se pose plus guère en doctrine ; la jurispru-

dence a suivi la même voie : la cour de Bruxelles qui en 1817 avait jugé en sens contraire s'est ralliée elle aussi par arrêt du 17 Octobre 1821 (affaire Mairesse contre Bachelart) à la thèse de l'assimilation des deux espèces du legs : attendu que l'art. 1021 statue en termes généraux et indéfinis sans aucune exception, que le legs de la chose d'autrui est nul, qu'il est évident que la chose de l'héritier est comprise dans cette règle générale » et depuis les arrêts abondent en ce sens (Cassation 19 Mars 1822 (1), Caen 4 Juin 1825, D. rep. v^o dispos. entre vif et test., n^o 3772 (et note), Bruxelles 14 Juillet 1844).

Il faut bien remarquer d'ailleurs que les partisans de la première opinion que nous avons exposée plus haut ne vont pas généralement jusqu'au bout de leur raisonnement et s'ils valident le legs de la chose de l'héritier, c'est autant parce qu'il doit être considéré comme une charge de l'hérédité que parce qu'ils repoussent l'application de l'art. 1021 à ce cas : c'est ainsi que Toullier valide sans difficulté le legs au cas où il est mis à la charge d'un héritier institué ou d'un légataire universel alors que s'il s'agissait d'un héritier légitime, la raison de décider ainsi lui paraît beaucoup moins évidente. N'est-ce pas l'aveu même de l'imperfection d'un tel système ? car, de deux choses l'une : ou le legs de la chose de l'héritier n'est pas legs de chose d'autrui et il doit toujours être considéré comme valable, ou il tombe sous le coup de l'art. 1021 et il doit être déclaré nul suivant ce que nous avons déjà dit du legs de la chose d'un tiers.

Paragraphe 2. — Legs sous forme de charge ou de condition. — Les solutions indiquées en cas de legs de la chose d'autrui s'appliqueront donc d'une manière générale au legs de la chose de l'héritier, nous n'y reviendrons pas ; mais nous avons seulement donné la solution du legs de la chose d'autrui fait sous forme de condition nous proposant d'y revenir ici même, le legs conditionnel d'un bien de l'héritier étant beaucoup plus

1. Sp. 1822. 1. 41.

fréquent. Toutes les fois que la question s'est posée devant les tribunaux, un tel legs a été jugé valable : d'abord par les arrêts qui avaient distingué le legs de la chose de l'héritier du legs de la chose d'autrui : Turin 26 Août 1806, Bastia 3 Février 1836 (1) puis par la cour de cassation le 19 Mars 1822 (2) et le 29 Mars 1837 (3) (rejet du pourvoi de l'arrêt de Bastia) cour d'Orléans 31 Mars 1849 (4), Gand 9 Mai 1879, et de nos jours : Nancy 22 Février 1908 (5) et cour de Besançon 27 Décembre 1911 (6). La solution qu'ils ont adoptée a paru si naturelle aux juges qu'ils n'ont pas cru devoir motiver fortement leurs décisions et qu'ils les expliquent d'ordinaire simplement ainsi : « Attendu que le legs de la chose de l'héritier est valable quand il est la condition du legs qui lui est fait à lui-même et qu'une pareille disposition ne tombe pas sous le coup de l'art. 1021... » La doctrine Merlin, excepté (rep. addit. v. legs, sect. III, §3, p. 606), se prononce unanimement dans ce sens. Que pourrait-on trouver en effet dans une telle disposition qui puisse choquer les principes du droit ? Une telle condition n'a rien d'illicite ni de contraire aux mœurs, elle n'est pas davantage impossible : l'art. 900 n'a pas lieu de s'appliquer : je lègue en réalité un fait à accomplir par l'héritier et un tel legs est de toute évidence permis. D'un autre côté il est faux d'assimiler comme prétend le faire Malleville (Analyse raisonnée de la discussion du code civil, sur art. 1021) le legs de la chose d'autrui à la vente de la chose d'autrui : aux termes de l'article 1519, dit-il, la vente de la chose d'autrui est nulle, et si je fais un marché avec quelqu'un avec comme condition qu'il ne vendra un immeuble appartenant à un tiers cette condition est nulle et par suite de l'article 1172, le contrat qui en dépend est nul également.

1 Dp. 1836. 2. 51

2. Sp. 1822. 1 41.

3. Dp. 1837. 1. 287.

4. Dp. 1849. 2. 123.

5. Sp. 1909. 2. 27 (affaire Bertrand contre consorts Fréal).

6. Sp. 1912. 2. 203.

Il y a lieu par analogie d'appliquer cette solution au legs de la chose d'autrui. Mais il y a entre les deux cas une différence essentielle entre les deux choses, qu'une similitude de nom ne saurait cacher ; la vente comporte de toute nécessité un prix que vous me versez, et si je vous vends une chose qui ne m'appartient pas je m'enrichis injustement du prix que vous me versez, tandis que si je lègue la chose d'autrui, je ne cause de préjudice à personne, pas même à l'héritier chargé du legs, si ce legs est la condition d'un autre que je lui fais en même temps ; ce sera à lui d'opter soit pour l'acceptation soit pour la renonciation à ce dernier suivant l'avantage qu'il y trouvera ; seulement s'il accepte, il devra remplir le legs conditionnel que je lui impose.

Si quelque doute pouvait s'élever à ce sujet, ce serait dans le cas où la personne chargée du legs, au lieu d'être un légataire à titre universel ou universel, serait un héritier légitime, tenant son titre de la loi et non du testament qu'a fait le défunt ; cet héritier est-il en droit de recueillir la succession sans accomplir la charge ? Nous pensons qu'il faut décider de même en ce cas, car le testateur pouvait encore priver cet héritier de tout ou partie de la succession suivant qu'il est réservataire ou non et la charge qu'il lui impose est en quelque sorte le prix de sa non exhérédation.

Une question se pose maintenant c'est celle de savoir si la condition a besoin d'être indiquée en termes exprès et formels dans le testament ou s'il suffit qu'elle en ressorte implicitement ; en d'autres termes, les juges du fait pourront-ils rechercher dans le testament la volonté du testateur alors même que celui-ci ne se serait pas clairement exprimé ? Certaines décisions judiciaires l'ont admis, notamment la cour de Bastia dans son arrêt déjà cité du 3 Février 1836 et celle d'Orléans (31 Mars 1849 (1) et même la cour de Cassation (rejet du pourvoi contre arrêt de Bastia le 29 Mars 1837 (2). « Attendu qu'un arrêt peut valablement induire des dispositions testamentaires que le défunt a entendu subor-

1. Dp. 1849. 2. 125.

2. Dp. 1837 1. 287.

donner la validité du legs qu'il faisait à la renonciation par son légataire universel au profit d'un autre légataire d'une chose qui lui avait été donnée par le de cujus ». Il suffirait pour que la condition soit valable qu'elle résulte de l'ensemble du testament ou des circonstances de la cause et l'on invoque à l'appui de cette opinion l'adage : « *eadem vis taciti et expressi* ».

Mais une semblable thèse nous apparaît comme pleine de danger, car ce sera une question d'appréciation toujours délicate que de savoir si le testateur faisait ou non du legs de la chose de l'héritier une condition formelle et la solution en serait impossible même si le testateur n'apparaît pas d'après le testament avoir légué en connaissance de cause la chose de son héritier car alors il faudrait permettre au légataire gratifié d'en faire la preuve, ce que le droit moderne a formellement prohibé. La jurisprudence a statué en ce sens en 1822 — (arrêt de la cour de cassation du 19 Mars (affaire Loiseau contre Rolland) (1) puis dans des jugements plus récents que ceux cités ci-dessus, notamment : Bruxelles 23 Juillet 1858, Besançon 27 Décembre 1911 (2), ce dernier arrêt avec un tempérament cependant au cas où l'intention du testateur est tellement manifeste qu'on ne peut s'y tromper. Laurent (titre 3, ch. 5, n° 131), Baudry. La cantinerie (Donat et testam. t. 2, n° 2516) statuent dans le même sens.

Il pourrait arriver que le bien de l'héritier fût un bien appartenant antérieurement au testateur et que ce dernier lui aurait donné de son vivant ; par exemple un époux qui par contrat de mariage fait donation à son conjoint de tel ou tel bien, meuble ou immeuble en cas de survivance ; une telle donation est irrévocable ; l'époux survivant est institué ensuite légataire universel de la succession du premier mourant mais à condition qu'il donnera à un tiers tout ou partie des biens précédemment donnés Pourrait-il en excipant de l'irrégularité et le legs universel à lui fait ? La question s'est po-

1. Sp. 1822. 1. 41.

2. Sp 1913. 2. 203.

sée devant la cour de Bastia (affaire Pierre Franceschini contre Félix Franceschini) qui l'a résolue par la négative : le légataire devra opter ou pour la disposition contractuelle ou pour la disposition testamentaire mais ne pourra conserver des deux et la cour de cassation a approuvé cette solution le 29 Mars 1837 (1). Depuis, la question ne paraît pas à notre connaissance s'être représentée, la solution qui en a été donnée nous paraît en effet devoir être définitive : elle est conforme au droit commun qui permet à l'institué contractuel d'accepter ou de renoncer lorsque s'ouvre la succession : ce qu'il a accepté au moment du contrat de mariage, c'est en effet seulement le titre qui lui conférerait dans l'avenir des droits de succession ; et, s'il peut accepter cette disposition contractuelle ou y renoncer le défunt peut également lui imposer sous une certaine condition d'opter de la même façon.

Et ce droit d'option, corollaire indispensable de tout legs de la chose à titre de condition d'une autre disposition à son profit, subsistera pour l'héritier jusqu'à ce qu'il ait conformément au droit commun de l'article 778, fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter le legs à lui fait (Orléans 31 Mars 1849) (2).

Examinons pour en terminer avec le legs de la chose de l'héritier le cas particulier où celui-ci est un mineur. Ne va-t-il pas en effet y avoir conflit entre les règles de la tutelle d'une part, et celles que nous venons d'établir d'autre part. Cette difficulté a été soumise au Tribunal civil de Langres (affaire Petitjean contre Petitjean) qui a jugé le 31 Décembre 1877 qu'il y avait lieu d'appliquer les mêmes règles que si le débiteur du legs était majeur. La cour de Dijon confirma ce jugement par arrêt du 10 Juillet 1879 (3) : « Attendu, dit-elle, que le testateur peut valablement, comme condition de sa libéralité, imposer au mineur son légataire l'obligation de céder à un tiers un immeuble apparte-

1. Sp. 1837. 1. 683.

2. Dp. 1849. 2. 123.

3. Sp. 1880. 241.

nant au mineur, pourvu que cet abandon soit reconnu avantageux par une délibération du conseil de famille homologuée par le Tribunal ; qu'on ne saurait considérer comme légalement impossible une transmission de ce genre qui ne constitue ni une vente soumise à la formalité de l'enchère ni une donation interdite au mineur mais seulement la délivrance d'un legs dont l'héritier mineur est tenu comme le majeur et qu'il peut effectuer de la même manière et dans le même temps que celui-ci ». On avait dit en faveur de la thèse de la nullité du legs que la condition imposée au légataire mineur était en contradiction formelle avec la législation de la tutelle, que l'abandon d'un immeuble du mineur devait être assimilé à une vente ou à une donation et que dans un cas comme dans l'autre elle est interdite : par l'article 457 si c'est une vente car elle doit se faire aux enchères, par l'article 903 si c'est une donation ; on ne peut trouver ni dans la juridiction gracieuse du conseil de famille, ni dans la juridiction contentieuse des tribunaux la légitimation de l'acte qui est défendu au tuteur.

La solution contraire de la jurisprudence fut ardemment défendue, et même inspirée en ce qui concerne l'arrêt, par une note de M. Bufnoir dont les principaux arguments furent les suivants : l'impossibilité qu'il y aurait pour le mineur d'accepter le legs conditionnel, s'il en existe une, ne serait d'abord qu'une impossibilité toute temporaire qui cesserait à sa majorité et l'article 900 n'est écrit que pour les impossibilités perpétuelles, et, s'il était nécessaire le mineur pourrait attendre jusqu'à sa majorité dans l'indivision et accepter ensuite la disposition conditionnelle à lui faire sans violer l'article 815 qui, s'il fixe la durée de la convention d'indivision à cinq ans, n'impose pas la cessation de l'indivision après un temps quelconque. D'autre part, il serait regrettable que la législation ne permit pas au mineur un acte d'une utilité manifeste et il ne peut en être ainsi : l'acte qu'il s'agit d'accomplir n'est ni une vente ni une donation, mais simplement l'acceptation d'un legs qui aura pour conséquence immédiate le transfert de la propriété de l'objet légué conditionnellement ; et cette acceptation est per-

mise tout comme pour les donations avec la seule autorisation du conseil de famille homologuée par le Tribunal. Et d'autre part l'échange auquel notre legs conditionnel ressemble fort n'est pas davantage soumis à la formalité des enchères. Toutes ces raisons militent en faveur de la cour de Dijon et nous font penser que telle est bien là la vérité.

Paragraphe 3. — L'héritier cesse d'être propriétaire de l'objet du legs avant le décès du testateur. — Si, au jour du testament l'héritier était bien propriétaire de l'objet légué mais qu'au jour du décès il ait cessé de l'être par vente ou donation, sera-t-il obligé de l'acquitter en valeur au légataire ou même de le racheter si possible pour le lui livrer ; le déclarera-t-on au contraire libéré de son obligation ? En faveur de cette dernière solution on pourrait argumenter de l'article 1038, mais il faut bien remarquer qu'ici l'aliénation est l'œuvre de l'héritier chargé du legs et non du testateur ; on pourrait plus justement comparer cette aliénation à une perte par cas fortuit : l'héritier futur n'a fait en somme qu'accomplir un acte qu'il avait parfaitement le droit de faire et cela dans l'ignorance que la chose faisait l'objet d'une disposition testamentaire au profit d'un tiers et aux termes de l'article 1042 ce legs devenait caduc. Cette solution sera incontestablement la meilleure quand le testateur aura formellement exprimé que c'est tel objet déterminé appartenant à l'héritier qu'il entend léguer ; à l'inverse, celui-ci restera tenu de fournir au légataire la valeur estimative si le testament le prévoit ; mais, au cas où la pensée du testateur n'aura pas été clairement formulée, nous pensons qu'on ne devra décider que l'héritier restera obligé qu'avec la plus extrême prudence et seulement au cas où il sera manifeste, que la charge à lui imposée aura été aux yeux du testateur la condition essentielle de la libéralité qui lui est faite ; sinon on ajouterait gratuitement à la pensée du défunt et nous avons montré les dangers qu'il y aurait à agir ainsi dans le legs de la chose d'autrui sous forme de charge.

CHAPITRE IV

Du legs de la chose du légataire gratifié

Section première : historique. — Le legs de la chose même de celui que le testateur veut gratifier peut se présenter de deux façons distinctes : ou bien la chose était déjà la propriété du légataire à l'époque du testament ou bien il l'a acquise postérieurement au testament avant le décès de son bienfaiteur.

Au premier cas, le droit romain répondait dans le § 10 de leg. aux Institutes de la façon la plus formelle. Si on lègue à quelqu'un ce qui lui appartient, le legs est inutile par la raison que ce qui lui appartient, il ne peut l'acquérir de nouveau et quoiqu'ensuite la chose fut aliénée par lui, il ne lui serait dû en vertu du legs ni la chose ni sa valeur. Il est de principe constant en effet que l'on ne peut ni stipuler ni acheter sa propre chose : « *quia quod meum est amplius fieri nequit* ». Et le droit romain décidait que l'aliénation postérieure au testament ne pouvait pas valider le legs en vertu de la règle calonienne : « *quod si testamenti facti tempore decessit testator inutile foret, id legatum quandocumque decesserit non valere* ». Un legs nul dès le début au moment de la confection du testament reste nul quoi qu'il arrive et quoi qu'au décès il eût été possible.

Mais la règle calonienne ne s'appliquait qu'aux legs faits purement et simplement, elle était écartée dans les dispositions conditionnelles ; comme d'autre part le droit romain n'annulait le legs que motif pris de ce que la chose léguée était la propriété du gratifié, il s'ensuit logiquement qu'au cas de legs fait sous forme de charge ou de condition et si le légataire aliène la chose après le testament et avant le décès du testateur, le legs devient valable ; c'est ce que décidait le droit romain ; l'héritier devait alors comme dans le legs de la chose d'autrui livrer la chose au légataire ou lui en payer l'estimation ; c'est la disposition expresse de la loi 18 de leg. 2^o et de la loi 98 D. de *conditionibus et demonstrationibus*. La loi 1 § 2 D. de *regula catona-*

nia semble aller plus loin, elle est ainsi conçue : « *item si tibi legatus est fundus qui scribendi testamenti tempore tuus est ; si eum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debetur ; quod non deberetur si testator statim decessisset* », ce qui semblerait dire : s'il vous a été légué un fonds qui vous appartenait au temps de la confection du testament, le legs vous est dû en cas que vous ayez aliéné votre bien du vivant du testateur, mais vous n'auriez rien à prétendre si le testateur était mort aussitôt après la rédaction de ses dernières volontés.

Cette décision paraît étrange, elle est en contradiction avec la règle calonienne. Aussi, semble-t-il, ce texte doit être entendu de façon différente : ce serait plutôt s'il vous a été légué un fonds qui vous appartenait au temps de la confection du testament sous la condition que vous l'auriez aliéné du vivant du testateur, le legs vous est dû...

Arrivons-en au deuxième cas, celui où le légataire ne possédait pas encore la chose au moment du legs mais l'acquiert par la suite antérieurement au décès du testateur ; le legs était valable, dans son principe, le restait-il ? le droit romain répondait par une distinction : si le légataire acquerrait la chose à titre gratuit par donation ou succession, le legs devenait sans effet, le légataire ne pouvait plus rien demander ; c'était en effet une maxime reçue que deux titres lucratifs l'un et l'autre ne pouvaient concourir en faveur d'une même personne pour l'acquisition d'une même chose. Si au contraire la chose a été acquise à titre onéreux par achat ou de toute autre manière, le légataire peut en demander la valeur à l'héritier chargé d'acquitter le legs en vertu du testament, parce qu'il n'était pas censé avoir la chose dont il avait payé la valeur : « *quia videtur res ei abesse cui pretium abest* (Inst. de leg. § 6, Ulpien I, 24 § 2 de leg. 1, Papinien I, 66 § 1, de leg. 2). »

Dans notre ancien droit on décidait sensiblement de même : si la chose appartenait au légataire aux deux moments du testament et du décès du testateur, le legs était inutile. Domat (liv. 4, tit. 2, sect. 3, § 8). Si elle était aliénée avant le décès l'estimation n'en

était due qu'au cas où le testateur l'avait léguée sous condition en prévoyant que le légataire cesserait d'en être propriétaire (Furgole, 2, ch. 7, sect. 1, n° 55 et s.). Ricard (t. 1, p. 3, ch. 3, sect. 3, disp. 3, n°s 300-304) pense même que le testateur doit pour la validité du legs déclarer expressément dans son testament qu'il est de son intention que l'héritier livre la chose ou son estimation au légataire au cas où celui-ci l'aurait aliénée avant son décès.

Si la chose léguée n'est devenue la propriété du légataire que postérieurement au testament, la solution romaine était conservée en France pour la même raison (Domat, liv. 4, tit. 2, sect. 3, § 9). Pothier (des disposit. testam. ch. 4, art. 1^{er}, § 3) examine en outre le cas où le légataire ne possédait sur la chose que des droits imparfaits, où il ne l'avait pas dans son patrimoine « *jure pleno* » ; en ce cas il décide que le legs sera valable pour ce qui manque à son droit de propriété ; par exemple s'il n'en avait que la nue propriété ou qu'il n'en fût propriétaire qu'à charge de substitution, le legs était valable à l'effet que l'héritier soit tenu d'indemniser le légataire de ces charges.

Il pourrait arriver que la chose fût léguée à une même personne par deux testaments successifs, le légataire ayant reçu la chose au décès du premier testateur, le deuxième legs porte sur sa propre chose, sera-t-il valable ? Domat (liv. 4 tit. 2 sect. 3 § 10) répondait qu'en ce cas le légataire n'avait pas le droit d'agir pour en réclamer la valeur, mais si lors du premier testament il n'avait obtenu pour une cause ou une autre que l'estimation de la chose, il restait en droit de demander à l'héritier du deuxième testateur la chose elle-même en vertu du second testament. Cette décision était suivie en pays de droit écrit ; en pays coutumier quelques auteurs décidaient même que dans la première hypothèse le légataire avait droit à l'estimation, solution qui apparaît en contradiction avec les principes exposés ci-dessus.

Signalons enfin le cas tout particulier cité par Ricard (t. 1, p. 3, ch. 3, sect. 3 dis. 3) du legs fait par un débiteur à son créancier de sa dette : le testateur lègue en somme ce qui appartient à son créancier et cette

disposition paraît à première vue parfaitement inutile ; elle était cependant considérée comme valable, car elle donnait quelques avantages au créancier touchant par exemple l'action testamentaire qui était ainsi adjointe à l'action en paiement, les exceptions, la prescription que le créancier pouvait désormais repousser avec plus de facilité.

Section deuxième : droit moderne. — Les différentes hypothèses que nous allons passer en revue sont assurément les moins nombreuses en pratique de toutes celles que nous avons à étudier touchant le legs de la chose d'autrui ; s'il est fréquent que le testateur lègue sciemment ou non la chose d'un tiers ou celle de son héritier, il est beaucoup plus rare qu'il comprenne dans son testament un bien appartenant au légataire même qu'il veut gratifier, aussi la jurisprudence est rare sur la question et la doctrine presque muette. Et en effet, si la chose était déjà au moment du testament dans le patrimoine du légataire, un tel legs ne peut manquer de paraître étrange : le testateur n'a nul besoin de donner à quelqu'un ce qu'il possède déjà, il ne peut faire une telle disposition que si, à sa connaissance, le légataire avait l'intention d'aliéner l'objet en question ; il imposera alors à son héritier pour le cas où cette prévision se réaliserait, l'obligation de racheter la chose pour la restituer à son ancien propriétaire et s'exprimera certainement d'une façon assez explicite pour que l'on puisse voir dans un tel legs une charge imposée à l'héritier que nous validerons conformément à ce qui a été dit précédemment (1), d'ailleurs il y aura dans une telle disposition bien plus legs de la chose d'autrui que legs de la chose du légataire, car si le legs était de cette dernière sorte au moment de la confection du testament, il est devenu par l'aliénation au moment du décès, legs de la chose d'autrui par rapport et au testateur et à l'héritier et même au légataire, et c'est

1. Le testateur agira sagement en léguant à titre subsidiaire l'évaluation du même bien pour le cas où le propriétaire refuserait de céder l'objet.

en somme l'époque du décès qui constitue le moment essentiel à considérer.

Et toujours dans le cas où le légataire était déjà propriétaire au moment du testament, nous déciderons que si le legs est pur et simple, il doit être déclaré nul, il y a à cela plusieurs raisons : d'abord nous devons tout comme pour la chose de l'héritier et pour les mêmes motifs assimiler la chose du légataire à la chose d'autrui, lui appliquer l'art. 1021 par conséquent, et d'autre part même en repoussant l'art. 1021, et en appliquant la solution romaine, on est obligé de reconnaître qu'un tel legs ne peut avoir été fait que par erreur, le testateur ignorant que la chose était la propriété de celui qu'il voulait avantager, dans ces conditions il doit encore être annulé ; enfin le dernier motif qui donnaient déjà les Romains est décisif : un tel legs est inexécutable et impossible si au décès la chose est encore dans les biens du légataire, il est donc nul et de nul effet. Les rares dispositions législatives dans les pays étrangers qui tranchent la question le font en ce sens : est nul le legs d'une chose qui appartenait déjà au légataire à l'époque du testament. (Code Italien art. 843 — Code Espagnol art. 866).

Passons à la deuxième hypothèse, celle où le légataire n'a acquis l'objet que postérieurement au testament ; il y a lieu de faire une distinction suivant que la chose a été acquise d'un tiers ou du testateur lui-même ; au premier cas le legs est au moment de sa naissance legs de la chose d'autrui, donc nul en principe, et l'acquisition de la chose par le légataire ne le rendra pas valable ; aussi hors le cas où le legs comporte une alternative et où la deuxième chose reste due, la disposition doit être annulée, et il n'y aura pas lieu de considérer comme dans l'ancien droit si le légataire a acquis l'objet à titre gratuit ou à titre onéreux. Si au contraire l'objet du legs était dans le patrimoine du testateur au moment du testament et a été acquis par la suite par le légataire, la question apparaît plus délicate : le legs était en effet parfaitement valable à l'origine, l'aliénation va le rendre inexécutable en nature tout au moins et de plus ne va-t-elle pas entraîner automatique-

ment la révocation du legs ? La cour de cassation a jugé par deux fois (9 Mai 1808, 6 Juin 1814)(1) que la donation de l'objet légué au profit du légataire ne révoquait pas le legs et que l'article 1038 cessait d'être applicable en l'espèce. Mais ces arrêts sont déjà anciens et si la question venait à être soumise à nouveau aux Tribunaux dans des cas d'espèces légèrement différentes, nous ne sommes pas éloigné de penser qu'ils reviendraient sur leur ancienne jurisprudence, il paraît en effet bien difficile d'écarter l'article 1038.

1. Sp. 1814 1. 577.

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Legs d'une chose indivise

Section première : Historique. — Les jurisconsultes romains ne paraissent pas avoir beaucoup approfondi la question ni même en avoir aperçu toutes les difficultés.

La loi des douze tables décidait seulement (loi 1^{re} *cod. qui testam. fac. poss. sui*) qu'un associé pouvait disposer par testament de la portion qui lui appartenait même avant tout partage et cette solution doit être étendue à tout propriétaire par indivis.

Le seul autre fragment que nous possédions sur la question nous venant de Rome est un passage de Paul (loi 5, § 2, de leg. 1^o) qui décide que le legs d'une chose commune encore dans l'indivision au décès du testateur ne valait jamais que pour la part qu'avait le testateur au moment du testament quoi qu'il eût dit : je lègue mon fonds et que le fonds entier lui fût ensuite échu : « *cum fundus communis legatus fit, non adjecta portione sed meum nominaverit, portionem deberi constat* » (Paul cité plus haut). Cela tranche la question au cas où la chose léguée est le seul bien indivis, mais le problème reste entier au cas où l'objet légué fait partie d'une masse indivise.

Le texte de Paul passa dans notre ancien droit et

fut reçu par nos principaux auteurs (Vinnius (1), *quæst illust.* II, 26, Domat, Pothier (donat. test. ch. 4, art. I, parag. 2), Ricard (t. I, p. 3, ch. 3, sect. 3, dis. 3, n^{os} 285 à 287). Accurse seul décide en sens contraire ; Ricard en donne l'explication que souvent un propriétaire par indivis seulement d'un bien l'appelle quand même « sien » par une sorte d'impropriété de langage et qu'il doit dans ces conditions n'être censé avoir voulu léguer que les droits qu'il avait. Pothier va même plus loin : selon lui cette décision est hors de doute quand le testateur s'est servi du pronom « ma », « ma maison de la Croix-Blanche » par exemple, car, dit-il, ce pronom restreint le legs à la part que le testateur avait dans cette maison. Malgré toute l'autorité de Pothier, il est permis de penser que l'intention du testateur n'apparaît pas aussi évidente qu'il veut bien croire et nous admettrions plus facilement une décision analogue à l'article 839 du code italien (ancien article 816 du code sarde) ou à l'article 864 du code espagnol qui décide que le legs est valable pour la portion que le testateur possédait dans la chose, à moins qu'il n'apparaisse clairement que sa volonté soit de la léguer en entier. Nous verons d'ailleurs plus loin que, s'il s'agissait d'un objet de communauté, Pothier adopte cette dernière solution. Quant au code civil, il est resté absolument muet sur la question. Les auteurs et la jurisprudence ont eu à établir seuls et la théorie et la solution. Les législations étrangères ne prévoient généralement pas la question ; seuls en dehors des codes italien et espagnol cités plus haut, le code portugais et le

1. Vinnius présumait que le legs d'une chose indivise était toujours fait pour la part seulement que le testateur y avait, il fondait son opinion sur la maxime qui se trouve aux Institutes *memò presumitur heredem suum redemptione rei alienæ gravare velle*. Un testateur en faisant un legs particulier n'est pas présumé sans nécessité avoir voulu charger son héritier d'acheter une chose qui ne serait pas dans la succession. Cette maxime s'appliquerait selon lui au cas de legs d'une chose indivise, mais non au legs d'autrui quand le testateur avait connaissance de ce fait : sa volonté dans ce cas faisant échec à la présomption. Il semble pourtant que sa volonté peut-être aussi impérative dans un cas comme dans l'autre, c'est là plutôt une question de circonstances.

code du Chili (4) statuant au cas de legs de chose indivise établissent la même présomption que le droit romain, à moins cependant, ajoute le code du Portugal (article 1084) qu'il ne soit prouvé que le testateur était persuadé que la chose lui appartenait en entier, soit à lui-même, soit à son héritier.

Section deuxième : Droit moderne. La chose commune est-elle la chose d'autrui ? — Nous abordons dans cette deuxième partie, une série d'hypothèses quelque peu différentes du legs de la chose d'autrui et qui s'en rapprochent sans s'y confondre. Toutes auront pour point commun d'être des dispositions testamentaires de choses dont le testateur n'est propriétaire que par indivis, et la première question qui se posera tout naturellement à l'esprit sera celle de savoir si la chose indivise doit être considérée comme chose d'autrui, être par conséquent soumise à l'application de l'art. 1021 et aux différentes solutions que nous avons données dans la première partie ou si au contraire on devra le soustraire à ces décisions et le ranger dans une classe à part ayant ses règles spéciales. Il serait difficile de répondre à une telle question d'une façon absolue et nous y répondrons au fur et à mesure des cas particuliers qui se présenteront et pour chacun de ceux-ci ; cependant, d'une façon générale, on peut décider que la chose commune n'est pas une chose d'autrui ; si elle n'appartient pas en totalité au testateur, s'il n'en possède dans son patrimoine qu'une part et que le reste lui soit étranger, il a cependant des droits plus ou moins incomplets, mais en tout cas certains, qui lui en feront attribuer plus tard lors du partage, une portion déterminée de la chose et même parfois la totalité ; or, nous avons décidé d'une façon analogue que le legs d'une chose d'autrui sur lequel le testateur avait des droits était valable pour le droit que le testateur y avait, nous devons statuer de même dans le cas actuel ; il restera, et ce sera là la véritable

1. Article 1110.

difficulté, à déterminer ce que le légataire aura le droit de demander en vertu d'un tel legs, mais cette disposition sera en principe valable. On objectera, il est vrai, que si le legs est fait pour la totalité de la chose, il porte sur un objet qui est pour partie au testateur et pour le reste à un tiers, qu'il est donc en partie legs de la chose d'autrui (1), que bien plus par l'effet du partage la chose peut tout entière échapper au lot du testateur ou de ses héritiers, qu'il aurait donc là légué entièrement la chose d'autrui ; ce serait là une équivoque : nous ne voulons pas, en le déclarant en principe valable, décider que le legs sera efficace tel que le testateur l'a fait ; il se pourra que, par suite de circonstances postérieures à la confection du testament, il survienne des modifications dans les droits du légataire, au point même qu'il n'aura droit à rien, mais ce qu'il y a de certain, c'est que ce legs ne pourra être annulé de prime abord, en vertu de l'article 1021, comme portant sur une chose d'autrui ; il y aura lieu pour résoudre ces questions d'allier les règles sur la copropriété indivise et sur les effets du partage avec celles de validité des dispositions testamentaires et d'interprétation des testaments.

L'immense majorité des auteurs partage cette opinion et ne considère pas le legs d'une chose indivise comme legs de la chose d'autrui (Troplong donat test., t. 4, n° 1949), Marcadé (liv. 3, tit. 2, ch. 5, n° 142), Demolombe (liv. 3, tit. 2, ch. 5, n° 691), Laurent (tit. 3, chap. 5, n° 136) et la jurisprudence l'a affirmé dans nombre de ses décisions : Rouen 25 Janvier 1808 (2), Cassation 6 Juin 1883 (3), 26 Juillet 1897 (4), Besançon 27 Décembre 1911 (5). L'arrêt le plus formel à ce su-

1. Ce qui d'ailleurs est exact, à tel point qu'il a été jugé que si un des co-propriétaires enlève la chose, il commet un acte punissable (cassation 3 novembre 1808).

2. Sp. 1808. 2. 333.

3. Sp. 1884. 1. 129.

4. Dp 1898. 1. 300.

5. Sp. 1912. 2. 203.

jet est de la cour de Metz du 30 Mars 1816(1), confirmant un jugement de Metz du 20 Mai 1815 : on avait prétendu que l'article 1021 s'appliquait au legs de la chose commune et que même avant tout partage celle-ci était chose d'autrui, motif pris de l'article 1860 du code qui déclare que l'associé qui n'est pas administrateur ne peut engager les choses mêmes mobilières qui dépendent de la société, mais une telle opinion a été à juste titre rejetée : cet article n'est pas applicable à la question, il n'y a aucune analogie entre des associés et des copropriétaires d'une chose indivise. D'ailleurs, l'article 1860 n'empêche pas l'associé non administrateur d'aliéner à son préjudice personnel la part qu'il a dans les choses dépendant de la société et à plus forte raison d'en disposer par testament.

Ceci établi venons-en aux différents cas qui peuvent se présenter et voyons ce qu'il conviendra de décider pour chacun d'eux ; mais il est nécessaire pour leur exacte compréhension d'établir une distinction préalable dont la portée sera considérable ; cette distinction sera basée sur l'époque de la cessation de l'indivision : ou celle-ci cesse avant la mort du testateur ou après.

Et dans chacune de ces deux grandes catégories nous subdiviserons encore, pour la clarté de l'exposé, en deux nouvelles classes les legs des choses communes suivant que l'objet légué sera seul indivis ou fera partie d'une masse indivise.

Section troisième : Indivision cessant du vivant du testateur. — Paragraphe 1^{er}. Le testateur lègue un objet indivis seul et l'indivision cesse avant sa mort soit par partage soit par licitation. Trois hypothèses peuvent alors se présenter : 1^o La chose est échue par l'effet du partage ou d'une licitation au copropriétaire ou à un tiers ; le legs ne peut avoir aucun effet ni quant à la chose qui ne se trouve plus dans la succession du testateur ni quant à la valeur estimative de la portion qui appartenait au testateur, ni même quant à la portion du prix de licitation qui pourrait encore rester dû

1. D. rept. v disp. testam, n^o 3780.

au décès : l'objet n'appartient plus en effet au testateur au jour de sa mort et il est devenu chose d'autrui, d'autre part, la licitation à laquelle le défunt a concouru est une aliénation révocatoire au sens de l'article 1038 et l'on ne saurait non plus sans une nouvelle manifestation de volonté de la part du testateur substituer au legs d'un corps certain, le seul fait par lui, celui d'une somme d'argent qui en représenterait la valeur d'estimation qu'il n'a pas fait, alors pourtant qu'il voyait de son vivant s'évanouir les droits qu'il avait sur l'objet légué ; d'ailleurs la subrogation n'a lieu que dans le cas déterminé par la loi et loin de l'admettre la loi la repousse formellement en la matière dans l'article 1038 (1) : nous l'avons d'ailleurs repoussé partout où la volonté du testateur n'était pas formelle à cet égard.

2° La chose est échue par l'effet de la licitation non plus au copropriétaire ou à un tiers, mais au testateur lui-même, où il a acheté la part de son copropriétaire : il est maître du total au jour de son décès ; le legs subsiste et s'exécute mais l'héritier sera-t-il obligé de délivrer au légataire la chose entière ou simplement la part que le testateur y avait au jour de la confection de son testament ? Il y aura lieu de rechercher quelle a été l'intention du testateur et d'examiner ce qu'il a voulu léguer, soutiennent certains auteurs ; le legs sera toujours réduit à la part qu'il avait, décidait au contraire Duranton (liv. 3, tit. 2, n° 248) et il s'appuie sur les considérations suivantes : l'article 883 ne peut être invoqué par le légataire pour prétendre que le testateur étant censé par le moyen de la licitation propriétaire du fonds en totalité dès le principe, est présumé par cela même avoir voulu le léguer en totalité, la fiction de l'article 883 n'est relative qu'aux copropriétaires entre eux ; le légataire ne pourrait même pas le prétendre au cas où le testateur lui aurait légué la totalité de ses droits d'une manière indéfinie. C'était d'ailleurs la solution du droit romain qui présumait toujours, comme nous l'avons vu, que le legs était fait pour la

1. Sic : Duranton (liv. 3, tit. 2, n° 250).

part seulement du testateur quoiqu'il eût parlé dans ses dernières volontés de la totalité de la chose ; ce cas n'est pas semblable à celui où le testateur a fait des embellissements ou des constructions sur l'immeuble légué ; il y a plus d'analogie au contraire avec celui où le testateur a augmenté la propriété de l'immeuble légué par des acquisitions, les acquisitions fussent-elles contiguës ne font pas partie du legs. Cette opinion est exacte en ce qui concerne la non extension de l'article 883 aux rapports du testateur ou plutôt de ses héritiers et du légataire, mais elle a le défaut de ne pas tenir assez compte de la volonté du testateur et il peut apparaître clairement qu'il a voulu léguer la totalité de la chose quoiqu'au moment de la confection du testament il n'en eût qu'une partie ; il pouvait en effet prévoir que la totalité de la chose lui appartiendrait un jour et c'est probablement dans ce but qu'il a fait de l'acquisition de la part de son copropriétaire ; et du moment que cette condition se réalise, rien n'empêche d'exécuter le legs entièrement, mais il faudra que la disposition porte expressément vocation pour le total de l'objet légué pour autoriser le légataire à le réclamer, sinon nous retomberions dans une question de preuve toujours difficile et incertaine (1). Les tribunaux ont eu à se prononcer sur cette question dans une affaire Ladmirault contre héritiers Desplands : le testateur avait légué la moitié d'une métairie et la moitié d'un moulin indivis entre lui et un tiers ; par suite du partage, le testateur devint propriétaire de la totalité de la métairie et cessa d'avoir aucun droit sur le moulin ; il fut jugée en première instance que le legs devenait caduc en ce qui concerne le moulin comme chose d'autrui et qu'il restait valable pour la moitié de la métairie, le tribunal estimant que la volonté présumée du testateur était de ne léguer que ses droits au jour du testament et la cour de cassation par arrêt du 28 Février

1. Ce tempéramment est une conséquence du principe que le legs qui a l'origine portait sur la chose d'autrui devient valable quand le testateur l'acquiert avant son décès (voir *supra* p. 33).

1826 (1) approuva une telle interprétation ; vainement, on avait soutenu que la portion du legs qui ne pouvait s'exécuter sur le moulin devait être reporté sur la métairie, rien dans le testament ne pouvait faire naître au profit du légataire cette sorte de récompense, c'était là le cas d'appliquer l'article 1019 d'après lequel la chose acquise depuis le testament et ajoutée à l'immeuble légué n'est pas censée donnée au légataire.

3° Passons au troisième cas, celui où le testateur a reçu par suite du partage la part qui lui appartenait dans la chose indivise et cela toujours avant son décès ; s'il la conserve, le légataire y aura droit, cela ne saurait faire grande difficulté, c'est en effet une part matérielle substituée à une part intellectuelle et le testateur est censé n'avoir jamais eu que celle-là et l'avoir léguée telle dès l'origine ; mais au cas où le testateur aurait légué la totalité de la chose, le légataire pourra-t-il exiger de l'héritier la valeur de tout ce qui excède la part qu'il trouve en nature dans la succession ce point a été vivement discuté. Nous retrouverons la question plus loin (2). Disons cependant que la majorité des auteurs adopte la négative, à moins de disposition formelle ; il y aurait dans ce cas un legs de somme d'argent adjoint plutôt que legs d'une chose indivise.

Un arrêt de la cour de Rouen du 25 Janvier 1808 (3) avait semblé en décider autrement et après avoir déclaré que le legs d'une chose commune n'était pas nul comme le legs de la chose d'autrui, il jugeait que le legs pouvait n'être pas délivré en nature pour la totalité et que l'héritier pouvait contraindre le légataire à se contenter de l'estimation de la part qui n'appartenait pas au testateur. On a soutenu qu'en droit un tel arrêt était très contestable mais il faut remarquer qu'il s'agissait alors d'un cas d'espèce : l'objet était commun au testateur et à son héritier et non à tiers, situation

1. Dp. 1826. 1. 177.

2. Voir *infra* part. 2 ch. 1 sect. 4 § 4.

3. Journal du Palais 1808-3-75.

que nous nous proposons d'examiner en détail par la suite 1. mais disons tout de suite que le legs de la part qui appartenait à l'héritier pouvait dans ce cas particulier être considéré comme une charge imposée par le testateur et être validée conformément aux principes ci-dessus exprimés. En tout cas cet arrêt s'est pour le moins insuffisamment expliqué. Quant aux autres solutions précédentes elles semblent définitives.

Paragraphe 2°. — Il nous reste à voir ce qui se passe quand l'objet légué fait partie d'une masse indivise au lieu d'être seul commun. Si l'objet tombe au lot du testateur, aucune difficulté, le legs sera valable et le légataire sera en droit de le réclamer dans sa totalité aux héritiers, mais s'il tombe au lot d'un copropriétaire ? Il n'y a pas lieu, semble-t-il, de statuer différemment du premier cas exprimé plus haut : le testateur a su de son vivant que le legs ne pourrait pas s'exécuter, son objet étant devenu propriété d'autrui ; s'il n'a pas fait de disposition nouvelle, il est censé ne pas avoir maintenu sa première disposition au profit du légataire.

Section quatrième : Indivision existant encore au décès du testateur. — Nous distinguerons là encore suivant que l'objet légué est seul indivis ou qu'au contraire il fait partie d'une masse de biens indivis entre le testateur et un tiers.

Paragraphe 1^{er}. Objet indivis seul. — La question ne saurait souffrir de grandes difficultés et il est unanimement reconnu qu'alors le légataire est substitué en vertu du testament au testateur dans tous les droits indivis de celui-ci sur l'objet légué ; le droit à la copropriété indivise de la chose lui est en effet transmis tel qu'il appartenait au testateur au jour de son décès, car c'est ce droit lui seul qui a pu être l'objet du legs. Il s'ensuit donc que le légataire aura droit de procéder au partage ou à la licitation de l'objet indivis avec

1. Voir *infra* part. 2 ch. 1 sect. 5.

les copropriétaires du testateur qui deviennent les siens ; il se pourra alors qu'il obtienne suivant les résultats du partage une portion de la chose en nature ou même la totalité, à charge de payer une soulte en argent à ses copartageants ou au contraire une certaine somme, si la chose échoit à un de ceux-ci, qui sera la valeur représentative du droit indivis que possédait le testateur au jour de sa mort. Cette thèse est partagée par tous les auteurs, Demolombe (liv. 3, tit. 2, ch. 5, n° 694), Laurent (tit. 3, ch. 5, n° 138), Baudry et Colin (donat et testam. t. 2. n° 2527), Audry et Rau (t. 10, § 675). Planiol (t. 3, p. 707), mais il peut cependant s'élever une difficulté ; nous avons supposé que le testateur avait légué la part qu'il avait dans l'objet, et il est alors de toute évidence que le légataire doit se contenter de ce que le partage lui attribuera, mais si le testateur lui avait légué la totalité de l'objet, aurait-il alors le droit de réclamer, non aux copropriétaires à qui le testament est étranger, et qui ne peuvent en souffrir, mais à l'héritier, récompense pour ce qu'il n'obtiendra pas de l'objet dans le partage ? la majorité des auteurs se prononce pour la négative, malgré le dissentiment de Vazeille (ss. article 1021 n° 10) et cette opinion nous semble devoir être adoptée, mais ce n'est peut-être pas pour les motifs que l'on en a parfois donnés : à savoir que le legs d'une chose commune est présumé être fait pour la part que le testateur y avait : c'était là la solution que les Romains donnaient en l'espèce, mais une telle présomption n'est écrite nulle part dans nos lois et nous ne voyons rien qui nécessite son maintien dans le droit actuel ; il a été jugé, il est vrai, par la Cour de Cassation dans deux arrêts du 3 Janvier 1809 (1) et du 18 Novembre 1816 (1) que le legs d'une chose indivise ne valait que pour la part afférente au testateur, et ce, malgré la généralité des termes employés (2), mais ceci ne contredit pas formellement notre pensée : à l'égard des copropriétaires, il est

1. D. rep. voir disp test. n° 3779.

2. Dans le même sens Caen 4 juin 1823 aff. M. Morel c. Collée (D rep. voir dispos. testam. n° 3772, Besançon 27 Décembre 1911. Sp. 1912.2.203.

certain que le legs ne peut avoir effet que dans les limites des droits du défunt et, à ce point de vue, la présomption Romaine mérite d'être conservée, mais avec un sens différent de celui qu'elle avait : le légataire n'aura, vis-à-vis des copropriétaires, malgré qu'on lui ait légué la totalité de la chose, que les droits que le testateur avait, mais à l'égard de l'héritier ? nous avons vu dans le legs de la chose d'autrui (1) qu'il était loisible au testateur d'imposer telle charge qu'il lui plairait à son héritier et notamment d'acheter la chose d'autrui pour la remettre au légataire ou, en cas d'impossibilité de lui en payer la valeur, la question actuellement est donc de savoir si, en léguant la totalité de la chose, le testateur a voulu que son héritier fournisse soit en nature par achat, soit en équivalent la portion de l'objet qui, par suite du partage, échoit au lot des copropriétaires ; en d'autres termes, y a-t-il charge imposée à l'héritier par l'effet du legs de la totalité de la chose ou non ? Et c'est si bien là la véritable question que les auteurs même qui fondent leur raisonnement sur la présomption Romaine reconnaissent qu'au cas où l'indivision existe non plus entre le testateur et un tiers, mais entre le testateur et son héritier, celui-ci peut être contraint d'exécuter le legs dans sa généralité et livrer la chose en totalité ; la chose de l'héritier étant chose d'autrui, il n'y aurait pourtant pas lieu de décider autrement. Les rédacteurs du Code ont d'ailleurs fort bien aperçu la difficulté et l'ont tranchée dans un cas particulier sur lequel nous reviendrons en détail par la suite : celui où le testateur est le mari chef de communauté et où le legs porte sur un objet de communauté, l'article 1423 décide que le legs s'exécutera à tout événement en nature ou en argent ; il s'agira donc encore de savoir si l'on doit étendre cette solution relative au legs fait par le mari au cas actuel ; nous verrons plus loin qu'on a agité la question de l'interprétation extensive de l'art. 1423 (2),

1. Voir *supra* page 26.

2. Voir *infra* pages 86 et 87.

mais sans faire intervenir dès à présent les arguments que nous développerons à cet égard, il nous est permis de répondre dès maintenant à la question, nettement posée ci-dessus : y a-t-il charge imposée à l'héritier ? non assurément ; il ne pourrait y avoir charge qu'en vertu d'une déclaration expresse de volonté de la part du testateur, et il n'y a rien de semblable, il n'y a que le legs d'une chose entière ; le légataire ne l'obtiendra pas dans son intégrité, en raison des droits que les copropriétaires possèdent sur elle, mais l'héritier ne peut être astreint à quoi que ce soit : nous arrivons à la même conclusion que les auteurs qui admettent la présomption de volonté du testateur mais par un chemin différent qui nous paraît avoir l'avantage de respecter davantage l'intention du défunt.

Si, à l'inverse, au lieu de léguer soit la part qu'il avait dans l'objet indivis, soit la totalité de cet objet, le testateur a, légué la moitié ou telle fraction de cette chose, devra-t-on interpréter le legs en ce sens que le légataire aura droit à la part que le testateur avait ou à la fraction correspondante de cette part : si la partie léguée dans le testament est égale ou supérieure à la part réelle du testateur, le légataire aura droit sans aucun doute à cette part ; si elle est inférieure, ce sera là certainement une question d'appréciation du ressort des juges du fait, bien qu'en général on devra décider que c'est bien la part qu'il avait que le testateur a voulu léguer et que c'est vraisemblablement par erreur qu'il l'a évaluée plus faible qu'elle n'était en réalité.

Paragraphe deuxième : L'Objet légué fait partie d'une masse indivise. — C'est là que nous rencontrons les difficultés les plus épineuses : l'objet légué fait partie d'une masse indivise entre le testateur et des tiers, d'une succession non encore liquidée par exemple au décès du premier, quel sera alors le droit du légataire au décès, puis au moment du partage ? aura-t-il droit à l'objet en nature qu'il tombe ou non au lot des héritiers du testateur, aura-t-il droit à son estimation seulement s'il échoit aux tiers copropriétaires ou encore le legs sera-t-il caduc en ce cas ? Les avis à

cet égard sont très partagés et nous ne rencontrerons à ce sujet pas moins de quatre théories différentes.

La première soutenue par Bayle Mouillard (*Donations* tome 2, p. 766, note) enseigne que le legs d'un objet dépendant d'une masse indivise établit dans cette indivision même une séparation et nécessite ainsi deux partages : l'un de ces partages aura lieu pour la chose sur laquelle porte le legs entre le légataire seulement et les copropriétaires du testateur, l'autre pour le surplus de la masse indivise entre ceux-ci et les représentants du testateur ; on arriverait ainsi au même résultat que s'il s'agissait d'une indivision portant sur un objet unique. Mais cette théorie du double partage a été aisément refutée : l'aliénation, que ce soit par legs ou autrement d'un objet dépendant d'une masse indivise, ne fait pas sortir ce bien de la masse partageable et ne peut établir une indivision à titre particulier entre l'acquéreur, le légataire en l'espèce, et les copropriétaires de celui-là (1), la chose doit, de toute nécessité, entrer dans le partage général de l'universalité.

Ceci établi, quel sera alors l'effet du partage sur le legs ? doit-on pour la validité du legs d'une chose indivise se placer au moment du décès ou au moment du partage ?

En droit Français, à l'opposé de la solution Romaine, le partage a un effet déclaratif (article 883) ce qui signifie que la propriété de l'objet attribué à l'un des copartageants est censée lui avoir appartenu dès la naissance de l'indivision ; l'attributaire a pu, avant le partage, constituer sur la chose toutes sortes de droits réels, l'aliéner, la léguer en particulier, ses copropriétaires ne l'ont pas pu ; appliquons cet article au cas actuel : de deux choses l'une : ou la chose léguée tombera au lot des copropriétaires du testateur, alors, en vertu de l'effet rétroactif du partage, le testateur sera censé n'avoir jamais eu aucun droit sur cette chose et le legs sera nul comme portant sur la chose d'autrui, en vertu de l'article 1021 ; le légataire n'aura droit à

1. Sic Demolombe liv. 3, tit. 2, ch. 5, n° 68.

rien, ni à la chose, ni à son prix ; ou bien l'objet légué tombe au lot des héritiers du testateur et alors, celui-ci étant censé propriétaire depuis le principe, le legs sera valable et s'exécutera dans les termes où il est conçu.

Cette théorie fait donc dépendre entièrement de l'issue du partage le sort du legs, le légataire aura tout, ou rien, suivant l'évènement du partage, elle a été défendue par Marcadé (livr. 3. § 5. ss. art. 1423), Demante et Colmet de Santerre (livr. 3 tit. 5 ch. 2 n° 67 bis) Laurent (tit. 3 ch. 5 n° 138) et elle a eu son écho en Jurisprudence : La cour de Paris dans son arrêt du 6 Mai 1861 (1) a jugé dans ce sens et la cour de Caen, après avoir statué en sens contraire, s'y est ralliée dans son arrêt du 13 Décembre 1880 (2) : « si par suite du partage de la communauté, dit cet arrêt, les immeubles légués tombent dans le lot afférent à la succession de la testatrice, le legs est valable ; si, au contraire, les immeubles légués sont attribués par le partage à la succession du mari, il y aura legs de la chose d'autrui. » Cette opinion a pour elle d'être fort simple et de fournir un criterium très sûr pour connaître la validité du legs ; on a dit pour la soutenir que l'article 883 s'exprime en termes absolus, c'est d'une manière générale et à tous les points de vue que le propriétaire est réputé n'avoir jamais eu aucun droit sur les objets non compris dans son lot et que, d'après les principes actuels, chaque copropriétaire indivis n'a sur les divers biens qu'un droit déterminable par le partage à venir, en sorte que c'est à l'évènement du partage que sera subordonné le sort du legs ; c'est d'ailleurs de lui que dépend le sort d'une aliénation entre vifs par des coindivisionnaires (4) ; sans doute il serait loisible au testateur de déroger au principe de la rétroactivité du partage, l'article 883 n'édicte pas une règle d'ordre public, mais encore faudrait-il

1. D. p. 1862-2 161.

2. D. p. 1884-4-33.

4. On décide généralement que l'article 883 s'applique aux rapports entre un cessionnaire et les cohéritiers. Il y a lieu de décider de même s'il s'agit d'un légataire.

que sa volonté à cet effet fût expressément formulée et lorsqu'il ne l'a pas fait, on doit de toute nécessité appliquer la règle générale du partage déclaratif.

Et les partisans de cette doctrine ajoutent à leur système un correctif au résultat un peu choquant auquel on pourrait aboutir en faisant dépendre la validité du legs uniquement du partage : on aurait tout lieu, en effet, de craindre un concert frauduleux entre les héritiers du testateur et les copropriétaires de ce dernier qui tendrait à placer aux lots de ces derniers l'objet légué, afin de rendre inefficace la disposition du défunt ; le légataire aura droit d'y assister après opposition au partage hors sa présence, l'article 882 du Code Civil le lui permet incontestablement, il surveillera ainsi les opérations et s'assurera de leur régularité.

Cette théorie a été ardemment combattue ; on doit cependant reconnaître qu'elle est exacte en tant qu'il s'agit de savoir si le legs doit être exécuté sur la chose elle-même, il est certain que les droits des tiers ne peuvent être atteints par le legs fait par un de leurs coindivisionnaires et qu'ils ne peuvent être tenus de s'en dessaisir au profit du légataire, mais on fait au système différentes critiques qui ne manquent pas d'être sérieuses : d'abord, le légataire d'un objet dépendant d'une universalité de choses indivises ne peut provoquer ni le partage isolé de l'objet (1) ni le partage de la masse entière dont il fait partie au nom de son auteur, il en résulte qu'il est ainsi placé à la disposition absolue des copropriétaires et qu'il ne peut être considéré comme un copartageant dans la rigueur du terme, le droit de faire opposition qu'on lui accorde le prouve bien ; dans ces conditions, la fiction de l'article 883 doit lui être complètement étrangère et ne saurait ni lui profiter ni lui préjudicier ; cet article n'a pour effet que de régler les rapports des copartageants entre eux et de déterminer l'effet des actes accomplis par l'un d'eux vis à vis des autres et ce serait lui attribuer une portée

1. Voir supra ce que nous avons dit au sujet de la théorie de Bayle Mouillard (Page 67).

qu'il n'a pas, que d'y subordonner les effets du legs fait par un des copropriétaires à l'égard du légataire. D'autre part, cette même théorie de l'effet déclaratif du partage appliquée au legs d'une chose indivise a le grave inconvénient de retarder jusqu'au moment du partage le sort du legs : on ne peut pas dire au décès si le legs aura pour objet la chose d'autrui, sera nul par conséquent, ou s'il portera sur la chose du testateur et sera valable ; une telle incertitude qui peut se prolonger engendrera très certainement toutes sortes d'inconvénients. Enfin, on a fait grief à ce système de méconnaître absolument l'intention du testateur et de faire dépendre le legs non de sa volonté mais d'un partage postérieur ; il est bien évident que la volonté du testateur a pourtant été avant tout d'enrichir son légataire et son but sera déjoué si l'objet tombe au lot des copropriétaires.

Aussi, ceux-mêmes qui ont formulé ces diverses critiques ont édifié sur ces bases une nouvelle théorie qui repousse l'application de l'article 883 et décide que le sort du legs vaudra en général pour la part du testateur dans la chose léguée ou pour sa valeur, si elle tombe au lot des consorts du testateur, et il ne vaudra que jusqu'à concurrence de cette part, quel que soit le résultat du partage ; ainsi lorsque ce partage aura attribué l'objet légué tout entier au lot du tiers communiste, le légataire aura droit de réclamer des héritiers du testateur la valeur estimative de la part de ce dernier, mais à l'inverse, si l'objet légué tombe au lot des héritiers du testateur, le légataire n'en devient propriétaire que jusqu'à concurrence de cette part encore que la disposition faite à son profit porte expressément sur la totalité de l'objet légué. Le légataire, au lieu d'obtenir tout ou rien comme dans le système précédent, aura à tout événement une portion de la chose léguée. Cette théorie a été défendue par Duranton (liv. 3, tit. 2, n° 248) Troplong (des donat. et testaments. t. 4. n° 1949.) Aubry et Rau (t. 10 § 675-676) et a été suivie dans un certain nombre d'arrêts ; d'abord Metz 30 Mai 1816 (1)

1. Sp. 1819. 2. 50,

décidant que doit être considérée comme valable la disposition par laquelle un propriétaire par indivis lègue une quotité déterminée de tel objet, pourvu que cette quotité n'excède pas la part qui lui appartient et qu'alors le légataire peut en demander l'estimation si la chose ne tombe pas au lot des héritiers du testateur, puis un arrêt de la Cour de Cassation du 6 Juin 1883 (1) (Affaire Barbot contre Pierre), enfin et surtout deux arrêts plus récents des Cours de Besançon (16 Mai 1906 et 27 Décembre 1911) (2) et de Pau (19 Avril 1910) (3) qui adoptent franchement la théorie que nous venons d'exposer : « le legs vaudra pour la part du testateur dans la chose léguée ou pour la valeur de cette part, selon que le partage attribuera au testateur la chose léguée ou non, mais quel que soit le résultat du partage, le légataire n'aura jamais ni plus ni moins que cette part ». (4). Cette théorie apparaît comme nettement en faveur auprès de la jurisprudence, elle respecte, en effet beaucoup mieux que la précédente, l'intention présumée du testateur qui, vraisemblablement n'a pas entendu subordonner l'effet de sa libéralité aux éventualités d'une opération postérieure au décès, elle a de plus l'avantage de déterminer d'une façon précise et définitive le droit du légataire, dès le jour du décès du testateur ; d'autre part, le légataire ne doit pas, par l'effet du partage, perdre le bénéfice de son legs, car il en est saisi au moment du décès du testateur, et l'on peut se fonder sur l'article 1018 du Code Civil : « la chose sera léguée dans l'état où elle se trouvait au décès du testateur. », or qu'était-il au décès ? un droit indivis représenté par une fraction de l'objet légué, c'est cela qui devra faire l'objet du legs. D'un autre côté, si nous avons reconnu que la théorie du partage déclaratif est exacte, quand il s'agit de savoir si le legs peut porter en

1. Dp. 1881. I. 33.

2. Sp. 1907. 2. 89, Sp. 1912. 2. 203.

3. Sp. 1910. 2. 181.

4. Dans le même sens, Besançon 16 Mars 1857 (Sp. 1857. 2. 619).

tous les cas ou non sur la chose même, nous devons aussi reconnaître qu'elle devient inexacte en s'appuyant sur le même article pour décider si le legs doit s'exécuter en totalité ou rester caduc : on ne peut, en effet raisonnablement interdire au testateur de léguer une partie seulement de la chose ou de léguer alternativement cette partie ou une certaine somme d'argent en représentant la valeur, c'est pourtant simplement ce que présume notre dernière théorie et il faudrait, aux partisans de l'article 883, interdire au testateur de telles dispositions s'ils voulaient suivre leur raisonnement jusqu'au bout et faire prédominer dans tous les cas l'effet déclaratif du partage sur l'interprétation de volonté du testateur. Enfin, ajoutent les adversaires du partage déclaratif, l'héritier, qui aura la charge d'indemniser le légataire au cas où l'objet légué tombera dans un autre lot que le sien, n'aura pas à souffrir pour cela de la disposition testamentaire de son auteur ; si c'est par l'effet d'une licitation qu'il voit la chose lui échapper, il trouvera à la place le prix de la portion qui a été léguée et ce n'est que cette somme qu'il aura à remettre au légataire ; si c'est par l'effet d'un partage ordinaire il trouvera dans les autres objets de la masse qui lui seront dévolus en quantité plus considérable un équivalent à l'estimation qu'il aura à verser au légataire.

On n'a pas manqué de faire, à la thèse que nous venons d'exposer diverses critiques et Marcadé (liv. 3 tit. 5 ss. art. 1423) tout particulièrement a essayé de la mettre à néant ; selon lui, avant de rechercher dans quel état le légataire pourra prendre la chose léguée, il faudrait d'abord savoir si elle a pu être léguée et pour cela distinguer en premier lieu si le testateur a légué la part qu'il avait dans l'objet légué ou la totalité de cet objet, au premier cas, il admet que le légataire prendra cette part ou sa valeur, mais au second, c'est dit-il, l'article 883 et l'effet du partage qui décidera si le testateur était ou non propriétaire de l'objet légué au moment de la confection du testament ; si la chose tombe au lot des copropriétaires, le testateur n'en aura jamais été propriétaire, n'aura pu la léguer par consé-

quent, il sera alors parfaitement inutile de rechercher si le légataire aura droit d'en réclamer la valeur ou non. Et alors, ajoute-t-il, nous ne violons pas ainsi la règle émise par les partisans de notre troisième théorie, à savoir que l'article 883 n'a de force qu'entre copropriétaires, nous ne l'appliquons en effet qu'entre le testateur et ses cohéritiers pour savoir si le premier a pu valablement disposer par testament, il reste étranger au légataire.

Nous pensons qu'il est assez facile de répondre à cet argument : nous avons dit, à propos du legs de la chose d'autrui, qu'il était permis au testateur, malgré les dispositions restrictives de l'article 1021, de léguer une chose sur laquelle le testateur n'avait que des droits imparfaits, futurs ou conditionnels, et qu'alors un tel legs faisait acquérir au légataire les droits que possédait son auteur. Il pouvait se faire, par la suite, qu'ils se consolidassent au point de lui assurer une propriété complète, il pouvait arriver aussi qu'ils s'évanouissent complètement, le legs n'en avait pas moins existé : il en est exactement de même au cas actuel : le testateur a des droits au moment du testament, la disposition testamentaire qu'il en fait est parfaitement valable quoique postérieurement par l'effet du partage, la chose sur laquelle elle porte passe définitivement en des mains étrangères (1).

Mais on a fait à cette même thèse des objections plus sérieuses dans un autre ordre d'idées, elle restreint, en effet, d'une façon assez arbitraire, la portion du legs en ne le validant jamais que jusqu'à concurrence de la part qu'avait le testateur dans la chose léguée, or il est impossible de s'appuyer sur le droit Romain pour décider ainsi ; à Rome, en effet, le partage était translatif et, dans ce cas, si un propriétaire de moitié d'une chose acquiert par l'effet du partage, l'autre moitié, il ne pouvait léguer cette deuxième partie dans une nouvelle disposition (argument tiré de l'article 1019 de notre Code), la première disposition ne pouvait donc être faite

1. Dans ce sens, Lyon 4 juillet 1873 (Dp. 1874. 5. 526).

que pour la part qu'il avait alors dans la chose, mais le partage est aujourd'hui purement énonciatif, le propriétaire qui, à la suite du partage, obtient la totalité de l'objet, est censé en avoir été propriétaire dès le début, pourquoi alors n'aurait-il pu léguer valablement le total ? Il y a là une question d'interprétation de la volonté du testateur que la présomption des partisans de la théorie que nous étudions écarte peut-être trop radicalement : au cas où l'objet tombe tout entier au lot des héritiers du testateur et qu'il ressort du testament que le disposant a voulu le léguer au total (et il a pu le faire car il avait au moins un droit éventuel à cette intégralité de la chose), il semble que rien n'empêche le legs de s'exécuter complètement et d'attribuer toute la chose au légataire.

Et certains auteurs ont cru pouvoir aller encore plus loin, et ont estimé que, même au cas où la chose léguée tombe au lot des cohéritiers du testateur, on peut reconnaître que le testateur a entendu léguer le total de la chose et donner droit au légataire, à défaut de l'objet légué lui-même, du moins à sa valeur estimative ; le legs s'exécutera donc toujours tantôt en nature, tantôt en équivalent, quel que soit le résultat du partage et pour le total, si telle a été l'intention du testateur. En faveur de cette théorie, on argumente de l'article 1423 qui décide qu'au cas où le mari a légué un objet de communauté, le légataire peut le réclamer en nature s'il tombe au lot des héritiers du mari et aura droit à la récompense de la valeur totale de l'effet donné s'il n'y tombe pas, et on étend ce texte au cas de legs d'une chose indivise ; les partisans de cette doctrine estiment qu'une telle solution s'impose, si, au moment du partage, la chose léguée est attribuée à un tiers, les héritiers du défunt s'enrichiraient au dépens du légataire, en ne l'indemnisant pas de la valeur de la chose qu'ils reçoivent d'autre part tout au moins lorsque le testateur a voulu préférer le légataire à ces mêmes héritiers. Cette doctrine semble avoir été consacrée par deux fois par les tribunaux dans des arrêts déjà anciens : Rouen,

25 Janvier 1808 (1) et Metz 30 Mars 1816 (2), rendus sur des cas d'espèces analogues : un testateur copropriétaire d'un mobilier indivis qui garnit la maison qu'il habite, lègue le mobilier de sa chambre qu'il a fini par considérer comme sien par le long usage qu'il en a fait : ce mobilier légué n'excède pas d'ailleurs la part qu'il a dans la totalité du mobilier commun qui garnit la maison ; l'arrêt décide que le legs vaudra, non pour la moitié du mobilier de la chambre, mais bien pour le tout, car telle apparaît la volonté du testateur, qui n'a pas entendu excéder les limites de son droit propre, puisque ce qu'il a légué est d'une valeur inférieure à ce qui lui reviendra en définitive, et si, par l'effet du partage, la moitié du mobilier échoit au copropriétaire, le légataire aura droit à récompense pour cette moitié ; l'arrêt de Metz n'en diffère que parce qu'il porte sur un immeuble indivis. Cette thèse est enseignée par Delvincourt (t. 2 p. 576), Rodière et Pont (t. 2 ch. 2 p. I n° 890 s) Demolombe (liv. 3. tit. 2. ch. 5 n° 695) et Wahl (S p. 1907-2-89, note sur Besançon 16 Mai 1906). Delvincourt y apporte cependant un tempérament : il n'appliquerait l'article 1423 qu'au cas où l'indivision résulterait d'un titre universel, une succession non encore partagée par exemple et dont les parts ne sont pas encore déterminées, si, au contraire, les parts étaient déjà fixées dans leur quotité, le legs ne vaudrait que pour la part du testateur. Cette extension de l'article 1423 même avec cette dernière restriction ne va pas sans quelque difficulté : il y a, dit-on, une grande différence entre le cas que prévoit cet article et le nôtre, il s'agit là en effet du mari qui, en qualité de chef de la communauté lègue un objet en dépendant, dans le cas actuel, on ne peut pas dire du testateur qu'il est maître et seigneur comme il serait permis de le dire du mari, et ce dernier est le seul dont l'autorité soit aussi pleine et aussi étendue sur les choses communes ; l'article 1423 apparaîtrait alors comme une décision exceptionnelle

1. Journal du Palais. VI. page 460.

2. D rep. v dispos. testam. n° 3780.

qu'il n'y a pas lieu d'étendre par voie d'analogie, nous verrons ce que vaut cet argument en étudiant l'article 1423 (1) et d'autre part on a fait remarquer non sans justesse, qu'étant donné que le legs d'une chose indivise ne peut être assimilé au legs de la chose d'autrui, l'article 1021 devient inapplicable à la question, et qu'alors l'article 1423 traitant seul la question, malgré le cas particulier qu'il envisage, peut être étendu à toute disposition de chose commune ; d'ailleurs les pouvoirs du mari n'ont rien de si exorbitant en matière de dispositions, à titre gratuit, réduits qu'ils sont par l'article 1422, pour ne pouvoir lui assimiler tout copropriétaire de chose indivise et si l'article 1423 s'expliquait par ces mêmes pouvoirs du mari le legs devrait en toute hypothèse, être exécuté sur l'objet légué lui-même comme une aliénation à titre onéreux et non en équivalent si le partage le met au lot de la femme. Il est certain que c'est ce dernier système qui respecte le mieux l'intention présumée du testateur et celle-ci étant la règle souveraine en matière de dispositions testamentaires, une telle remarque doit nous le faire considérer comme apportant à la question la solution la plus satisfaisante quoi qu'il en soit les deux dernières thèses se partagent actuellement la faveur de la doctrine et il serait à souhaiter que le problème fût nettement tranché par notre cour suprême, à défaut de texte législatif.

Section cinquième : Indivision entre le testateur et l'héritier. — Si l'indivision existe entre le testateur et l'héritier qu'il va charger d'exécuter un legs en faveur d'une tierce personne, il n'y a pas lieu en général de décider autrement que si le copropriétaire était un tiers : nous avons dit que la chose de l'héritier était assimilable à la chose d'autrui, de même, les deux sortes d'indivision sont assimilables, les solutions que nous venons de donner trouveront donc ici leur appli-

1. Voir *infra* page 86.

calion ; cette décision de principe se trouve affirmée dans un arrêt de la Cour de Cassation du 6 Juin 1883 (1), et elle ne peut faire de doute. Mais à la ressemblance de ce que nous avons vu se passer pour le legs de la chose de l'héritier, l'idée de charge imposée à ce dernier viendra souvent se mêler au legs fait par le testateur, et la Jurisprudence a eu fréquemment l'occasion de se prononcer sur la validité d'une semblable charge dans laquelle le défunt ordonnait à son héritier de livrer au légataire même la portion de l'objet indivis qui lui revenait lors du partage, elle s'est toujours prononcée pour l'affirmative, que l'héritier soit appelé par testament ou par la loi (Cour d'Aix 18 Novembre 1895 cassant un jugement du Tribunal de Marseille qui avait annulé le legs (2), Cassation 26 Juillet 1897 (3), Cassation 6 Mai 1913 (4), il y a en effet les mêmes raisons de décider ainsi que pour le legs de la chose de l'héritier ; et même plus, si on adopte l'opinion des partisans de l'extension de l'article 1423 au legs d'une chose indivise, on ne ferait en validant le legs pour le total que suivre le droit commun, à cette seule différence que l'héritier fournit l'équivalent en argent de la portion qui n'échoit pas à son lot dans l'hypothèse du droit commun, tandis qu'au cas actuel, il fournit la chose elle-même.

Les auteurs même qui repoussent l'article 1423 reconnaissent par application de l'idée de charge, valable la disposition testamentaire de la totalité d'une chose indivise entre le de cujus et son héritier. Mais où l'accord ne règne plus, c'est lorsqu'il s'agit de savoir si la charge doit être expresse ou si tout legs de cette nature, fait pour le total de la chose, emportera de plein droit obligation pour l'héritier de livrer sa part. Si l'on opte pour l'extension de l'article 1423, ce sera inévitablement cette dernière solution qu'il faudra choisir ; c'est

1. Sp. 1884. 1. 129.

2. Dp. 1898. 1. 300.

3. Dp. 1898. 1. 300.

4. Dp. 1914. 1. 277.

en ce sens que se prononça la Cour de Cassation dans son arrêt le plus récent du 6 Mai 1913 (1) cassant un arrêt de la Cour de Pau du 19 Avril 1910 qui exigeait que le testateur exhérédât formellement son héritier pour le cas où il ne remplirait pas l'obligation mise à sa charge et réduisait le legs pur et simple à la part que le testateur avait dans la chose, la Cour de Cassation a estimé que l'exécution d'un legs de ce genre s'imposait à l'héritier même naturel, même après avoir accepté sous bénéfice d'inventaire la succession en raison de l'obligation légale qui incombe à tout héritier d'acquitter le passif de la succession, sans qu'il soit nécessaire que la charge ait été expressément formulée par le défunt dans son testament.

L'opinion contraire est défendue par les adversaires de ce système et exige conformément à ce que nous avons dit à propos du legs de la chose de l'héritier, une mention expresse de la charge pour rendre efficace la disposition pour le total de la chose indivise. La solution définitive de cette question est en somme liée à celle de l'adoption ou du rejet de l'article 1423 dans le cas de legs de chose indivise ordinaire.

5. Affaire Pisson Abadie déjà cité.

CHAPITRE II

Legs d'une chose de Communauté

Il nous reste maintenant à étudier, dans cette deuxième partie, le cas où la chose léguée est une chose indivise d'un caractère particulier : où elle fait partie d'une communauté de biens entre époux. Il s'établit, par suite du mariage, une indivision d'un caractère un peu spécial, en raison des pouvoirs respectifs de chacun des conjoints ; le legs fait, soit par le mari, soit par la femme, d'une part de communauté ou d'un bien en dépendant, sera-t-il soumis ou non aux mêmes règles que s'il s'agissait d'une chose dépendant d'une indivision ordinaire ; telle sera la question que nous essayerons de résoudre dans ce chapitre.

Section première : Historique. — Voyons ce qui se passait dans notre droit coutumier :

La première question qui se pose, est celle de savoir quelle portion des biens de la communauté il était permis de léguer.

Notre ancien droit, ne permettait pas, d'une façon générale, au mari de disposer par testament de la part de son épouse ; il en était décidé ainsi notamment par la coutume d'Orléans, dans son article 193, et par la coutume de Paris dont l'article 225 (ancien article 107) (1) faisait prévoir la décision contenue plus loin dans son article 296 : « Mary ne peut tester que de sa moitié. » (2)

1. « Le mari est seigneur des meubles et conquête immeubles par lui faits durant et constant le mariage de lui et de sa femme. En telle manière qu'il les peut vendre, al'éuer ou hypothéquer et en disposer par donations, ou autres dispositions *entre vifs* à son plaisir et volonté, sans le consentement de la dite femme, à personne capable et sans fraude », par ces termes « *entre vifs* », elle dit assez que le mari ne peut pas disposer par testament de la part revenant à son épouse.

1. Dumoulin la coutume de Paris (Tit. 10 de la communauté de biens p. 250).

Les coutumes du Poitou (article 245), d'Anjou (art. 289), d'Artois (art. 134), du Nivernais (chap. 23 art. 3) de Saintonge (art. 690) et nombre d'autres coutumes décident de même et les arrêts sont fréquents en ce sens là où la coutume n'a pas expressément décidé ; le plus remarquable de ces arrêts est un arrêt de la Cour de Paris du 21 Janvier 1608 : un mari avait légué une certaine rente pour une cause pieuse et affecté au paiement de cette rente spécialement un héritage ayant nature de conquêt de communauté. Le lieutenant de Chaumont qui avait jugé l'affaire en premier ressort dans un pays où la coutume était muette à cet égard, avait décidé pour la validité de l'affectation ; la Cour infirma cette sentence et jugea que la moitié du bien qui était dévolue au mari resterait obligée et hypothéquée et que l'autre moitié en serait déchargée, le mari n'ayant pu obliger par son testament la part qui pouvait appartenir, à son décès, à sa femme. Et pourtant, dans ce cas d'espèce, le legs était fait pour cause pieuse et l'on sait la faveur dont jouissait, dans notre moyen âge, de telles dispositions et que de nombreuses coutumes déclaraient valables même portant sur la part de la femme (Anjou article 289). Quelle raison donnait-on de cette solution ? le mari est seigneur et maître pour le total des biens de la communauté pendant qu'elle dure, mais les dispositions testamentaires n'ayant effet qu'à la mort du testateur, c'est-à-dire après la dissolution de la communauté, les pouvoirs du mari sont réduits alors à la part à laquelle ses successeurs auront droit et cette part étant, en principe, de moitié, il s'ensuit que le mari ne peut tester que de la moitié de la communauté. Le droit de la femme n'est, il est vrai, qu'éventuel lors de la confection du testament, mais à la mort du mari, il devient actuel, il s'oppose donc à l'effet d'une aliénation qui ne commence qu'à la fin de la vie du testateur. De là, cet adage d'un sens profond et d'une expression significative : « le mari vit comme maître et meurt comme associé. » « *vivit tanquam dominus societatis, moritur ut socius* » (Lebrun de la communauté liv. 2 ch. 2 sect. 1 n° 2 p. 169).

Cette explication est identique à celle donnée au cas où le mari est frappé d'une peine capitale : on confis-

que les biens de communauté, mais pour moitié seulement; la part de la femme lui est laissée. De même le mari ne pouvait, par testament, priver sa femme d'un conquêt de communauté sous prétexte de restitution, c'est-à-dire ordonner que tel acquêt sera rendu parce qu'il a été acquis par fraude. Une telle décision ne saurait nuire à la femme (1) « c'est au mari, dit Lebrun (liv. « 2 ch. 2 p. 180), à prendre garde à ne pas charger sa « conscience pour enrichir la communauté. »

Quant à la femme, les coutumes sont partagées, généralement elles décident qu'elle pouvait tester sans autorisation de son mari, car le testament doit être l'œuvre exclusive du testateur (*neque ex alieno arbitrio pendere*) et qu'il n'a d'effet qu'à la mort de la femme, c'est-à-dire à un moment où la puissance maritale n'existe plus (coutume d'Orléans, article 194, coutume du Maine, article 505, Anjou article 510. Certaines coutumes [Nivernais, Bar (article 108), Bretagne (part VI art. 119)] décident en sens contraire et encore exceptent de leur rigueur les legs piès, mais toutes estiment que, comme le mari et à plus forte raison, elle ne peut léguer que sa part.

Il est donc établi que le legs fait par le mari ne peut dans l'opinion commune porter préjudice à la femme, mais une question va se poser : si le mari a légué plus que sa part ou même la totalité de la communauté, que décidait-on ? le legs sera-t-il valable pour le total vis-à-vis des héritiers du mari, de telle manière qu'ils soient obligés de racheter à leurs dépens la part de la femme et de faire la délivrance de la chose entière au légataire, ou le legs ne sera-t-il ainsi fait que pour la part du mari dans les objets légués ?

Un arrêt du 19 Avril 1607 (2) nous donne la solution

1. En sens contraire cependant les articles 289 de la coutume d'Anjou et l'article 304 de la coutume du Maine, mais qui doivent être considérés comme des décisions exceptionnelles.

2. Cite par Dumoulin (coutume de Paris), tit. 14, des testam. s. art. 296.

dans un cas particulier : le mari avait disposé de toute la communauté et la femme y renonce à la dissolution, il fut jugé que le légataire avait droit à la totalité des biens communs, le legs était donc valable pour le tout à l'égard des héritiers du mari.

Trois coutumes décident sensiblement de même d'une façon expresse au cas où la femme ne renonce cependant pas à sa part : ce sont celles de Châlons (article 73), d'Amiens (article 64) et du Vermandois (1). Si un des conjoints lègue à une personne quelques pièces de meubles en espèce qui étaient communes, un tel legs vaudra quoique la moitié en dûl appartenir au survivant et l'héritier sera tenu de récompenser le survivant de la moitié du dit meuble, sauf s'il s'agit de meubles précieux ou que le survivant eût en affection, alors l'héritier en devra l'estimation au légataire. Dans ces coutumes, le legs s'exécute donc à tout événement et préjudice même en une certaine mesure à la femme, puisqu'elle est obligée de se contenter de l'estimation, exception faite pour les meubles précieux. La coutume de Sedan (articles 131-132) décide moins radicalement qu'au cas de legs fait par le mari, l'héritier doit racheter la moitié qui ne lui est pas dévolue dans la succession, ou en payer l'estimation si le survivant ne consent pas à le vendre : c'est à peu de chose près notre article 1423 du Code Civil.

C'est également l'opinion que Pothier (Traité de la communauté, part. II art. I n° 475 et s.) adopte quand le mari s'est expliqué expressément dans son testament qu'il léguait la chose pour le total : les héritiers, dit-il, doivent s'accommoder avec la veuve de la part qu'elle a sur la chose léguée pour la livrer au légataire, ou s'ils ne peuvent y parvenir, lui en payer l'estimation. Mais, si les termes employés par le testateur ne sont pas suffisamment clairs, il résout le problème par des distinctions toutes grammaticales : le mari a-t-il employé le pronom « mon », il estime que le legs ne vaut que pour la part du défunt comme le legs d'une chose indi-

2. Dumoulin (coutum. gen. v. Vermandois et Laon § des testam.)

visé, à moins que ce pronom ne paraisse signifier : qui est à mon usage, auquel cas il valide le legs pour le total. En second lieu, si le de cujus a dit simplement « je lègue à un tel la maison de la Croix-Blanche » Pothier pense contrairement à l'opinion de Vinnius (1) que le legs peut n'être pas fait uniquement pour la moitié : c'est affaire de circonstances et il y a lieu de rechercher la volonté du testateur. Enfin si le mari a légué la moitié de sa maison, conquête de communauté, il se demande si dans l'espèce, le testateur est censé n'avoir voulu léguer que la moitié de sa part, soit le quart, ou toute sa part qu'il évalue lui-même dans son testament à la moitié. En faveur de la première solution, on peut dire qu'il a été décidé qu'un legs ainsi conçu : « je lègue ma maison de la Croix Blanche » vaut pour la moitié de cette maison qui appartient au testateur et que, par conséquent, le legs de la moitié de ma maison de la Croix Blanche ne peut valoir que pour le quart. Il a cependant été jugé, ajoute Pothier, par un arrêt du 8 Février 1624 que le légataire aura droit à la part entière du testateur dans la maison et non à la moitié de cette part seulement. Toutes ces solutions de Pothier ne touchent peut-être qu'un côté de la question, ce fut cependant ce passage de son traité de la communauté que les rédacteurs du Code eurent sous les yeux et qu'ils prirent pour base.

L'examen de l'article 1423 du Code Civil ne donna d'ailleurs lieu à aucune discussion qui puisse nous fournir des éléments intéressants sur son application, il fut présenté sous le n° 29 du titre X, livre III par Berhier à la section de législation du Conseil d'Etat, le 29 Septembre 1803 (6 Vendémiaire An XII) tel qu'il est encore actuellement. Lors de la présentation au Corps Législatif le 31 Janvier 1804 (10 Pluviôse an XII) et de la communication officielle au Tribunat le 19 Pluviôse an XII (9 Février 1804) on ne fit guère qu'approuver le premier paragraphe de l'article : le mari ne pourra tester que de moitié, le second passa inaperçu, l'article fut

1. Cité page 56.

définitivement adopté le 30 Pluviôse an XII (20 Février 1804).

Cet article aurait cependant mérité quelque attention ; des difficultés pouvaient se présenter et c'est ce qui se produisit : une discussion entre les rédacteurs du Code nous eût éclairé sur leur volonté.

Section deuxième : Legs d'une part de communauté.

— Le premier alinéa de l'article 1423 consacré donc la solution de l'ancien droit en ce qui concerne les pouvoirs de disposer des biens de la communauté : « la donation testamentaire faite par le mari ne peut excéder sa part dans la communauté. », son droit s'arrête devant le droit de sa femme, et ce, pour les mêmes principes. Si alors le mari a légué son droit dans la communauté ou la moitié de la communauté, le legs est valable car le défunt a disposé seulement de ce qui lui appartenait : le légataire sera mis au lieu et place du mari et recueillera la portion de la communauté qui doit lui revenir par l'effet du partage auquel il sera procédé. Mais au cas où le mari a compris dans son legs une quote-part de la communauté supérieure à celle qui lui sera attribuée ou même la totalité de cette communauté, quelles seront les conséquences de cet excès de pouvoir : un tel legs ne peut être déclaré nul, car la part de communauté du mari peut être le total même, au cas où la femme ou ses héritiers y renoncent. Le mari a donc un droit, au moins éventuel, à la totalité de la communauté, il a pu par conséquent en disposer par testament ; restant propriétaire de l'ensemble des biens communs, la disposition sortira son plein et entier effet avec l'étendue qui lui a été donnée ; mais ce legs sera réductible au cas où la femme accepte ; le mari n'était pas maître de léguer la part de celle-ci, il ne vaudra donc en nature que pour la moitié attribuée au mari, et alors se posera la question de savoir si le légataire aura le droit d'obtenir des héritiers du mari la valeur de la portion qui ne pourra lui être délivrée en nature ; elle est tranchée par le deuxième alinéa de l'article 1423 qui, bien que visant expressément le legs d'un objet particulier dépendant de la communauté,

doit être étendu sans aucun doute au legs d'une quote-part de la communauté. Le légataire aura droit de se faire délivrer le surplus sur les biens propres du testateur, étant supposé bien entendu qu'il n'y a pas excès dans la disposition. C'est en ce sens que se prononce la majorité des auteurs (Marcadé, liv. 3 tit. 5 ch. 2 sect. 2 ss. 1423), Murlon (repet. écrit. III p. 56) Rodière et Pont (t. 2 ch. 2 p. 2 n° 890, I), Guillouard (t. 2 p. 298).

On a dit pour la négative (1) que le mari en léguant la part de sa femme léguait la chose d'autrui et que le legs était nul pour cette part, mais un tel argument ne porte pas, la chose indivise n'est pas la chose d'autrui et le testateur a toujours un droit éventuel à la part de la femme, une telle solution serait d'ailleurs aussi rigoureuse qu'inutile, les dispositions des mourants doivent s'interpréter largement et favorablement, ce n'est pas un but d'animosité ou de fraude contre sa femme qui a poussé le mari à faire un tel legs, celle-ci ne sera pas plus lésée qu'au cas où le testateur impose telle ou telle charge à son héritier, et d'autre part, si l'article 1423 n'avait donné recours au légataire contre l'héritier que sur les biens de communauté, il eût été difficile peut-être de l'étendre au cas où le mari a légué le total de la communauté, car un tel recours n'aurait servi à rien, mais il n'en est pas ainsi, le recours est donné également contre les biens propres du testateur et ceci se comprend parfaitement au cas actuel. Enfin voyons ce qui se passe dans l'hypothèse où le mari au lieu d'enfreindre l'article 1423, méconnaît l'article 1422 et fait une donation qu'il ne lui était pas permis de faire : cette prohibition n'est établie que dans l'intérêt de la femme, une telle donation restera valable dans son intégrité si elle renonce à la communauté ; si elle l'accepte, elle restera encore valable si la chose est mise au lot du mari, ce que l'on devra chercher autant que faire se pourra et au cas où elle échoit au lot de la femme, la donation reste valable à l'égard des héritiers du mari.

1. Troplong (du contrat de mariage t. 2, n° 912). Demante et Colmet de San'erre (liv. 3, tit. 5, ch. 2, n° 67 bis I).

Section troisième : Legs d'un objet particulier de communauté. — Passons à l'hypothèse où le mari a légué seulement un objet de la communauté existant entre lui et sa femme, c'est pour ce cas spécialement que l'article 1423 est écrit et il est formel, le legs sera toujours valable et produira toujours effet que l'objet tombe au lot de la femme ou des héritiers du mari ; l'article 883 est résolument écarté.

On a dit qu'une telle disposition était une dérogation à l'article 1021 ; il y a une part de vérité dans cette affirmation si l'on considère les termes mêmes de cet article, mais nous avons vu l'interprétation très-large qui en est donnée actuellement, nous avons dit que le legs était valide pour peu que le testateur ait un droit conditionnel et que nombre d'auteurs considéraient que même au cas de legs de chose indivise sans qu'il y ait communauté entre époux, l'article 1423 était applicable : la contradiction des deux dispositions est donc surtout apparente. Et une telle remarque pourrait nous dispenser de nous étendre longuement sur la recherche des motifs qui ont déterminé les rédacteurs du Code à décider ainsi. Mais cette recherche même va présenter un grand intérêt quand il s'agira de décider si l'on doit étendre l'application de l'article 1423 à diverses hypothèses particulières expressément prévues par le Code. On a donné de l'article 1423 plusieurs motifs : est-ce parce que le mari est considéré comme seigneur et maître de la communauté, qu'il a sur elle des pouvoirs très étendus et qu'il a par conséquent l'habitude de traiter comme siens les biens qui en dépendent ? Cette raison a joué certainement un rôle important dans notre ancien droit, mais les droits du mari ont subi de telles réductions et, à l'inverse, ceux de la femme ont été si nettement affirmés depuis qu'il est bien difficile de s'appuyer maintenant sur un tel raisonnement. De plus, si tel était le fondement de l'article 1423, le legs devrait être en toute hypothèse exécuté sur la chose léguée elle-même, dans son intégralité, de même que l'aliénation à titre onéreux faite par le mari est valable pour le total. D'ailleurs est-ce bien là la raison qui a emporté la décision de nos anciens auteurs ? ne serait-ce pas plutôt simplement les principes du droit commun ap-

pliqués en matière de legs de la chose d'autrui, nul quand le testateur avait cru léguer la sienne, valable au contraire s'il avait agi avec connaissance de cette circonstance ; au cas de legs d'une chose de communauté, le mari devrait être considéré toujours comme ayant su qu'il disposait d'une chose ne lui appartenant que pour partie. Et c'est en raison de cette présomption que le legs doit alors toujours être déclaré valable et que l'on doit autoriser le légataire à réclamer la valeur à défaut de l'objet. Telle semble bien avoir été d'ailleurs l'opinion de Pothier, notamment quand il cite au parag. 476 de son traité de la communauté l'opinion d'Accurse et il faut se rappeler que ce fut lui souvent l'inspirateur des rédacteurs de notre code civil (op. cit. par Mourlon III p. 56).

L'article 1423 est-il ainsi fait pour éviter une collusion frauduleuse possible entre les héritiers du mari et la femme qui tendrait à mettre l'objet légué au lot de la femme et faire tomber ainsi la disposition testamentaire ? Il est permis de penser que c'est là plutôt une conséquence de l'article qu'un des motifs qui ont inspiré les rédacteurs du code.

Il semble plutôt que la véritable raison d'être de l'article 1423 est que le testateur a voulu faire une libéralité qui aurait effet quel que soit le résultat du partage de la communauté et qu'en matière de testament, l'intention du défunt est prépondérante, et son vœu peut facilement se réaliser d'autant plus que les héritiers du mari peuvent par suite de la renonciation de la femme devenir maîtres un jour du total de la communauté. Ce motif nous apparaît bien comme le plus plausible, il n'est d'ailleurs pas en contradiction avec l'opinion de Pothier qui déclare lui-même qu'« il y a lieu de rechercher la volonté du testateur ».

Ce qu'il y a de certain, c'est qu'un testateur peut imposer à son héritier l'obligation de verser au légataire qu'il veut gratifier l'équivalent en argent de ce qui n'advient pas à ce dernier par l'événement du partage des biens communs, et que le Code a voulu qu'il en fût ainsi chaque fois que le mari aura légué un objet de communauté dans son intégralité ; le légataire aura

alors droit à récompense sur les autres biens communs échus aux héritiers du mari et même sur les biens propres du testateur, le légataire sera donc assuré de l'exécution du legs à tout événement, mais peut-être pas intégralement étant donné qu'il devra se contenter de l'estimation au lieu de l'objet lui-même qui représente peut-être à ses yeux une valeur plus considérable ; aussi s'est-on demandé si le légataire avait droit de s'immiscer au partage pour obtenir que l'objet du legs soit mis de préférence dans le lot des héritiers du mari ; c'est que préconisait Pothier (de la communauté, part. 2 art. 1, n° 475) : « Il n'est pas douteux qu'en ce cas les « héritiers du mari doivent ou s'accomoder avec la « veuve de la part qu'elle a dans la chose léguée pour « la délivrer en entier au légataire ou s'ils ne peuvent « s'en accommoder avec elle, ils doivent en payer au légataire l'estimation. » Il faudra décider, comme nous l'avons fait au sujet du legs de la chose d'autrui, pour l'affirmative, mais le légataire n'aura droit que d'exiger un partage régulier et non pas que la chose léguée soit placée avant tout partage au lot des héritiers du mari ; à ce point de vue, l'article 883 reste applicable.

La disposition de l'article 1423 s'applique également au cas où l'objet légué est un bien réservé de la femme, car ce bien réservé est un bien commun.

Supposons maintenant que le legs au lieu d'être fait à un tiers soit adressé à la femme elle-même, que déciderons-nous alors ? y aura-t-il lieu d'écarter l'article 1423 ? assurément non, cet article est rédigé en termes généraux et ne distingue pas, et nous ne voyons pas de raisons d'en restreindre l'application, à la condition toujours que le legs soit fait pour le total de l'objet. Cependant quand la Jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer, elle l'a fait en sens contraire : d'abord la cour de Bastia par arrêt du 26 Février 1840 (1) (Affaire Pierraggi contre Veuve Pierraggi) : le mari avait légué à son épouse l'usufruit de la presque totalité des biens communs, celle-ci fut autorisée à demander ré-

1. D. p. 4810. 2. 121.

compense pour la portion d'usufruit afférente aux biens tombés à son lot, et ce, jusqu'à due concurrence seulement de la part du testateur. Il en fut de même dans l'affaire Veuve Subercazeaux contre Robert, tranchée par arrêt de la Cour de Cassation du 18 Mars 1862 (1) ; le mari avait légué à sa femme un effet de communauté, il fut statué que la femme devait prélever cet objet avant tout partage ; le bénéfice du legs qui lui était fait se réduisait donc à la moitié qui aurait dû échoir aux héritiers du mari. Mais ce qu'il faut bien remarquer, c'est que si la décision de la jurisprudence a été telle, c'est que, comme dans l'arrêt de Bastia, les juges, en interprétant souverainement le testament, avaient estimé qu'il en résultait que le mari n'avait entendu disposer que de sa part dans l'objet légué. La femme aurait eu le droit si le testament avait été interprété à l'inverse, de faire procéder d'abord au partage, puis de réclamer l'objet, s'il était tombé au lot des héritiers du mari ou de leur en réclamer la valeur totale s'il était tombé au sien. Il n'y a donc pas opposition absolue entre ces arrêts et la théorie de l'application de l'art. 1423 au legs fait à la femme, mais plutôt interprétation préalable des volontés du testateur, du ressort des juges du fait.

Le mari a légué non plus un bien de communauté mais un bien indivis entre lui et sa femme il est vrai mais propre à tous les deux, par exemple un immeuble dépendant d'une succession qui leur est échue à tous les deux. La question s'est présentée une fois devant les Tribunaux et la Cour de Besançon (arrêt du 16 Mai 1906 (2) ne s'est pas prononcée expressément : l'immeuble légué était le seul bien indivis, aussi s'est-elle bornée à dire que le legs substituait le légataire au testateur et le rendait copropriétaire au lieu et place de celui-ci ; cela ne tranche pas la question de savoir si le legs s'exécutera pour la totalité de l'immeuble en nature ou équivalent ou non, suivant les résultats du par-

1. D. p. 1862. I. 283.

2. Sp. 1907. 2. 89.

tage. Ceux qui considèrent l'article 1423 comme le droit commun l'appliqueront évidemment ici, si l'intention du testateur leur apparaît d'avoir été de léguer le total, les autres réduiront le legs à la part du testateur ; en somme, la question ne se pose donc que pour ces derniers, il en sera de même des différentes hypothèses qui vont venir.

Section quatrième : Le testament est postérieur à la dissolution de la Communauté. — Nous avons discuté jusqu'à présent dans l'hypothèse où le mari a fait son testament pendant la durée de la communauté, mais qu'arrivera-t-il si la date de l'acte de dernières volontés est postérieure à la dissolution de la communauté survenue soit par suite du décès de la femme, soit par divorce ou séparation de corps, sans que la communauté soit liquidée ; l'article 1423 ne semble s'appliquer qu'au premier cas, y a-t-il lieu de l'étendre au deuxième ? Ici revient, en somme, le débat général sur la nature de cet article et sur la question de savoir, s'il représente le droit commun ou non. Si l'on adopte la première thèse, il s'appliquera incontestablement à l'hypothèse actuelle ; nous nous placerons donc uniquement sur le même terrain que les partisans du caractère exceptionnel de l'article dont il s'agit. On a argumenté pour son interprétation restrictive de la place qu'il occupe dans le Code ; l'article 1423 est, en effet, au titre du Code qui traite de l'administration de la communauté, il s'en suivrait que les rédacteurs n'ont eu en vue que le cas où la communauté est toujours existante ; s'il en était autrement, l'article serait placé dans le titre suivant : « de la dissolution de la communauté ». Un tel argument est peut-être spécieux mais assurément nullement décisif ; le titre où est mis l'article 1423 ne traite pas seulement de l'administration de la communauté, mais encore des effets des actes de l'un et de l'autre époux relativement à la société conjugale, il est amené nécessairement à parler de choses assez diverses et, en tout cas, est conduit très naturellement, après avoir traité des pouvoirs du mari relativement aux dispositions entre vifs à parler ensuite

des dispositions de dernières volontés. Et d'ailleurs, ce ne serait pas seulement au cas où le testament est fait après la dissolution de la communauté qu'il pourrait paraître étrange que l'article 1423 fût mis là où il est, mais c'est même au cas où le testament est fait au cours de la communauté : il n'aura effet qu'à la mort du testateur et sa place eût été tout aussi indiquée dans le titre suivant, or nul ne songe à écarter la disposition de l'article 1423 pour un tel motif, et il en est ainsi d'un grand nombre d'autres articles de ce même titre, dont l'utilité ne se produit précisément qu'au décès de l'un des époux, par exemple les dispositions relatives aux récompenses dues par la communauté à l'un des époux ou inversement (art. 1433.38) (1). En tout cas, l'article 1423 ne contient dans son texte aucune restriction au cas où la communauté est encore existante. Et, d'autre part, le testament est un acte qui n'a de valeur que parce que jusqu'à sa mort le testateur reste dans les mêmes dispositions d'esprit, qu'il le maintient en n'usant pas de son droit absolu de révocation et que, pour ainsi dire, il le renouvelle tous les jours, en sorte qu'on peut dire qu'il est autant l'œuvre du dernier jour de la vie du défunt que du jour où il a été écrit, et alors que déciderons nous si, après la rédaction du testament, la communauté était dissoute par la mort de la femme et que le décès du mari survint postérieurement mais avant la liquidation de la communauté ? Le testament est à la fois le produit de la volonté du testateur avant et après cette dissolution, il n'en reste pas moins valable et l'article 1423 continue de lui être applicable.

Cet argument basé sur la place de l'article dans le Code n'est donc pas bien convaincant ; il en est de même de celui fondé sur ce que l'article 1423 aurait été écrit en raison des pouvoirs exceptionnels du mari, de sa qualité de seigneur et maître de la communauté ; ces pouvoirs extraordinaires, le mari ne les a que durant la communauté, dès l'instant où elle cesse, il cesse

1. Sic : Rodière et Pont (t. II, d. II, p. I, n° 894).

d'avoir cette qualité de seigneur et maître et nous devons retourner sous le droit commun ; mais nous avons vu (1) ce qu'il fallait penser de cette explication de l'article 1423 et celle-ci étant écartée, l'argument qu'on veut en tirer tombe également.

Il serait plus juste assurément de dire, en s'appuyant sur les mêmes motifs que nous avons invoqués au sujet du droit commun que l'article 1423 s'inspire de la volonté nettement exprimée du testateur et qu'il en permet l'exécution intégrale en présumant l'existence d'une charge imposée aux héritiers pour le cas où le legs ne pourrait se réaliser complètement en nature. Et de plus, admettons même que l'article 1423 ait pour base les droits du mari sur la communauté; ceux-ci disparaissent quand elle est dissoute, soit, mais qui pourrait s'en prévaloir : la femme seule ; or, l'application de l'article 1423 ne peut en aucune façon lui causer préjudice, il n'y a en jeu que le légataire et les héritiers du mari et ceux-ci ne peuvent exciper du droit de la femme. La situation est la même que si le mari avait disposé par donation entre vifs de chose de la communauté, hors les cas permis. Cette donation est sans effet à l'égard de la femme, mais reste valable à l'égard du mari et de ses héritiers et ceux-ci restent tenus de l'exécuter soit en nature, soit en équivalent (Aubry et Rau, t. 8, paragr. 509, p. 89 et suivantes). Il n'y a pas lieu de décider autrement en cas de legs de bien commun.

Et si l'on admet cette thèse qui a trouvé dans Rodière et Pont (t. II, ch. 2, p. 4, n° 894), Wahl (S. P. 1907, 2, 89, note, sous Besançon 16 Mai 1906) d'ardents défenseurs, aucune différence n'a lieu d'être établie, que la communauté soit dissoute ou non avant le testament ; il existe dans les deux cas une masse de biens indivis, l'éventualité du partage est identiquement la même et il n'y a pas de motif de donner au legs d'un objet de cette masse un sort différent suivant la date de

1. Voir *supra*, page 86.

la confection du testament. Cependant quand cette question s'est présentée devant la jurisprudence dans la célèbre affaire de Saulty, la Cour de Paris dans son arrêt du 6 Mai 1861 (1) a statué dans le sens de la non extension de l'article 1423, malgré les observations présentées par l'avocat général Charrins : « Que le « mari ait testé pendant ou après le mariage, disait-il, « qu'importe ? Dans l'un comme dans l'autre cas, il a « fait un acte qui ne pouvait avoir effet qu'après la « dissolution de la communauté, dans l'un comme dans « l'autre cas, il s'est trouvé en face de ce qui pouvait « lui échoir suivant les chances incertaines de l'avenir, « mais dans les deux cas, il a voulu léguer cette va-
« leur et, comme en définitive, c'est sur ses biens seu-
« lement que cette valeur doit être prélevée et que ni la « femme ni ses héritiers ne peuvent en souffrir, on ne « voit pas pourquoi on adopterait des solutions diffé-
« rentes là où il y a identité des motifs ». La jurisprudence a semblé d'ailleurs revenir sur cette première décision vivement critiquée et la cour de cassation par arrêt du 6 juin 1883 (2) a paru pencher, sans trancher expressément la question, pour l'extension de l'article 1423 ; en tout cas, elle a décidé qu'une testatrice ayant légué un objet de la communauté ayant existé entre elle et son mari après sa dissolution avec clause pénale pour le cas où le légataire ne serait pas mis en possession de l'objet légué en totalité, cette clause pénale ne pouvait être considérée comme destinée à assurer l'exécution d'une disposition nulle et devait être reconnue valable. De là à sous-entendre le legs conditionnel de la valeur de l'objet légué au cas où il tombe au lot de la femme il n'y a qu'un pas. Et dans un second arrêt de la Cour de Cassation du 14 Mai 1890 (3) cette tendance à l'extension de l'article 1423 s'est affirmée ; le légataire d'un effet de communauté

1. D. p. 1862. 2.161.

2. D. p. 1884. I. 33.

3. D. p. 1891. 5. 322.

légué par le mari après la mort de sa femme, dit cet arrêt, a droit de demander délivrance du legs aux héritiers, sans attendre le partage : « attendu, en effet, que d'une part le testateur avait un droit au moins éventuel aux objets légués, que d'autre part, aux termes de l'article 1423, le légataire d'un effet de communauté a le droit de réclamer soit le legs en nature si l'objet tombe au lot des héritiers, soit une récompense égale à la valeur s'il n'y tombe pas. Qu'ainsi et quelque puisse être l'événement du partage, les légataires trouvent dans le testament un droit actuel et certain dont l'exercice ne peut être suspendu jusqu'au moment où il plairait aux héritiers de procéder au partage. »

L'application de l'article 1423 à ce cas de testament du mari postérieur à la dissolution de la communauté ne paraît plus faire de doute.

Section cinquième : Legs fait par la femme. — Pas plus que le mari, la femme mariée ne peut léguer au-delà de la moitié de la communauté, mais elle le peut sans autorisation aucune ; on n'hésite donc pas à lui étendre le paragraphe premier de l'article 1423, mais on n'est pas d'accord pour savoir si l'on doit agir de même pour le deuxième paragraphe ; il semblerait cependant qu'il n'y a pas lieu de traiter différemment les deux paragraphes d'un même article et qu'on ne peut écarter le second là où on applique le premier. L'extension de l'article 1423 au legs fait par la femme ne peut faire grand doute pour les partisans du droit commun de cet article [Duranton (liv. 3, tit. 2, n° 250) Rodière et Pont (t. 2, ch. 2, p. 1, n° 894), Wahl (S. p. 1907, 2.89, note sous Besançon 16 Mai 1906)]. Si l'on écarte en effet la situation spéciale du mari chef de communauté comme fondement de cet article, rien ne paraît s'opposer à son application au legs fait par la femme. Ce qu'elle pourrait incontestablement faire dans le cas où la communauté serait déjà dissoute par la mort du mari, pourquoi ne pourrait-elle le faire quand cette même communauté va s'éteindre par sa mort. Les mêmes motifs que ceux qui militent pour l'extension de l'article 1423 aux cas exceptionnels pré-

cédents se rencontrent ici et nous avons vu quelle était leur réelle valeur, mais ici ces mêmes auteurs ont eu à répondre à d'autres arguments qui ne sont pas sans une certaine portée : quand les héritiers de la femme acceptent la communauté, on peut admettre sans difficulté qu'ils consentent par là même, à assurer l'exécution intégrale du legs fait par la femme, la présomption de charge joue parfaitement, mais s'ils renoncent? la part de la femme se réduit à néant et il paraît bien plus délicat de continuer à leur imposer d'acquitter le legs sur les biens propres de la femme pour la totalité de l'objet légué ; la charge imposée aux héritiers sera de la totalité de l'objet légué au lieu qu'au cas de legs fait par le mari elle ne sera jamais que de moitié. A cela, on répond qu'il faudrait pour les dispenser du legs particulier, renoncer en outre à la succession car sans cela il y aurait lieu de craindre de leur part une renonciation frauduleuse à la communauté, pour mettre à néant la disposition testamentaire de la défunte ; le legs n'est pas seulement charge de la communauté, mais encore charge de la succession.

La seconde objection est la suivante : on a déclaré valable le legs fait par le mari pour une part supérieure à celle qu'il a dans la communauté, parce qu'il a, en raison de la renonciation possible de la femme, un droit éventuel à la totalité de la communauté ; ici, rien de semblable ; quel que soit le parti que les héritiers de la femme prennent, ils n'auront jamais droit à plus de la quote-part de celle-ci dans les biens communs, plus de droit éventuel par conséquent ; partant plus de legs possible pour plus de la portion qui revient à la femme dans le partage.

Aussi la jurisprudence s'est-elle laissée toucher par ces arguments et quand la question a été posée devant elle, elle l'a tranchée dans le sens de la non extension de l'article 1423 : Cour de Besançon, 16 Mars 1857 (1) où portant les reprises de la femme absorbaient et au-

1. Dp. 1857. 2. 137.

delà la valeur de l'immeuble légué ; 10 Décembre 1862 (1) (arrêté Breton contre Baudouin), où les héritiers avaient renoncé à la communauté et enfin toujours de la même cour : 27 Décembre 1911 (2) Seul, l'arrêt de la cour de cassation du 6 Juin 1883 (3) semblerait décider en sens contraire : quant à la doctrine, elle reste encore en majorité fidèle à l'interprétation restrictive de l'article 1423 à l'égard du legs fait par la femme [Marcadé (du contrat de mariage, liv. 3, tit. 5, ch. 2, sect. 2, s. 1423), Laurent (tit. 6, ch. 2, n° 35), Guillouard (t. II, n° 732), Aubry et Rau (tome 8, § 509, note 17).

Section sixième : Donation de biens à venir, partage d'ascendant. — Paragraphe 1^{er}. Ajoutons, pour en avoir terminé avec cette étude succincte des legs de choses indivises, que toutes les solutions que nous venons d'appliquer au cas de dispositions faites par testament doivent, sans aucun doute, s'appliquer au cas de donations faites par contrat de mariage de tout ou partie des biens que le donateur laissera à son décès, lesquelles doivent être assimilées à ce point de vue au legs [Rodière et Pont (t. 2, ch. 2, n° 8), Aubry et Rau (t. 8, parag. 509)]. On pourrait cependant en douter et considérer que ce n'est plus alors l'article 1423 qu'il faut appliquer mais l'article 1422 relatif aux dispositions entre vifs à titre gratuit, et que la donation de la totalité de la communauté est valable pour le tout, conformément à cet article, quand elle est faite au profit d'un enfant commun. Mais la donation de biens à venir ne doit avoir effet qu'à la mort du donateur et sort ainsi du cadre des dispositions prévues par l'article 1422, elle est d'ailleurs prévue et régie au code par les articles 1082 et suivants et non pas par l'article 1422, elle est faite à un moment où la communauté n'existe pas

1. Sp. 1863. 2. 53.

2. Sp. 1912 2. 203

3. Cité voir *supra* p. 93.

encore et de plus si on repoussait l'application de l'article 1423, on aboutirait à des difficultés inextricables au cas où la communauté serait dissoute par toute autre cause que la mort du donateur ; qui prendrait en effet la portion de la communauté qui, à défaut d'institution contractuelle, reviendrait à la femme ? pas celle-ci puisque la donation serait censée valable pour la totalité, pas le mari puisqu'il ne peut obtenir en cas d'acceptation de son épouse plus de la moitié de la communauté et encore moins le donataire, car son droit ne s'ouvrira qu'au décès du mari (1). Il est beaucoup plus logique d'appliquer alors l'article 1423 : déclarer la donation valable en nature pour la part de communauté du donateur et en équivalent seulement sur les biens propres de l'auteur de la libéralité pour le surplus. La cour de cassation s'est cependant prononcée en sens contraire quand la question lui a été soumise par arrêt du 2 Janvier 1844 (2) : un père ayant donné, par son contrat de mariage, à ses enfants communs tous ses biens présents et à venir, sauf quelques biens de communauté, la cour, après avoir confirmé l'interprétation donnée par le Tribunal de Saint-Affrique et la cour d'appel de Montpellier, à savoir que le testateur avait voulu donner ainsi la totalité des biens communs, sauf les quelques-uns expressément réservés par lui, et non pas seulement la part pouvant lui revenir, décida que cette donation serait, conformément aux articles 1422 et 1439, déclarée valable en nature pour le tout. Cette solution est bien contestable, l'institution contractuelle étant bien autant une donation à cause de mort soumise aux règles des testaments qu'une donation entre vifs.

Paragraphe 2. Enfin le donateur a pu disposer de tout ou partie de la communauté par un partage d'ascendant fait sous la forme du testament. Quelle sera la

1. Sic Rodière et Pont. cité.

2. Dp. 1844. I. 61.

valeur d'une telle libéralité ? remarquons, tout d'abord que la femme ne peut procéder seule à un partage de la communauté, car ce serait excéder ses pouvoirs et préjuger sur son acceptation, elle ne peut pas davantage le faire avec son mari, le partage conjonctif n'est possible que sous la forme d'une donation entre vifs. Reste donc seul le cas où c'est le mari qui a procédé à un partage testamentaire de la communauté ; on a soutenu qu'un tel acte était possible : au cas de renonciation de la femme à la communauté, le mari devient propriétaire de toute la communauté et elle perd évidemment tous droits d'attaquer le partage, et si elle accepte, elle ne le pourra pas davantage, car en vertu de l'article 1423, on procédera au partage de la communauté sans tenir compte du testament et on attribuera seulement en nature, à chaque copartagé sa part sur la portion de communauté attribuée au testateur, le surplus ne sera donné aux bénéficiaires qu'en équivalent sur les biens propres du mari si faire se peut ; la femme ne peut être lésée. Cette solution s'appuie sur les termes généraux dans lesquels est conçu l'article 1075 qui ne semble contenir aucune restriction quant aux biens que les ascendants peuvent partager entre leurs enfants, et comme elle ne préjudicie en quoi que ce soit aux droits de la femme, il semble qu'elle doive être adoptée sans grandes difficultés. On fait d'ailleurs remarquer que le partage fait par le mari n'est que provisionnel : il ne devient définitif que si la femme renonce à l'attaquer. La jurisprudence s'est décidée parfois en ce sens : Douai 10 Février 1828 (1), Bourges 15 Février 1860 (2). On ne peut, dit notamment l'arrêt de Douai, considérer comme une séparation de biens volontaire un partage de la communauté fait par les époux en faveur de leurs enfants, mais sans la faire cesser, cet acte vaut comme partage provisionnel susceptible de ratification par l'époux survivant.

1. Dp. 1828. 2. 163.

2. Sp. 1861. 2. 70.

Mais cette solution n'a pas prévalu et la jurisprudence est actuellement définitivement fixée dans le sens de la nullité de tout partage fait par le mari des biens communs. Ce revirement se fit en 1849 ; la cour de cassation cassa le 15 Novembre 1849 (1) un arrêt de la cour d'Amiens statuant dans le sens des arrêts cités ci-dessus : le partage de la communauté, dit-elle, fait par un des époux avant sa dissolution est nul nonobstant la ratification du survivant ; les enfants n'ont pas à considérer comme obligatoire pour eux un partage fait par leur père même ratifié par leur mère survivante.

La cour suprême confirma sa manière de voir par arrêt du 23 Décembre 1861 (2). Dans cette affaire (St Héraud contre consorts Chapuis) se présentait cette singularité que mari et femme avaient tous deux fait, chacun par testament, un partage de la communauté, après entente préalable ; la femme décéda la première, son partage fut reconnu nul et une ratification efficace n'aurait pu intervenir du mari qu'avec le concours de tous les héritiers : c'était en somme un nouveau partage.

Depuis la jurisprudence s'est affirmée dans ce sens : Limoges 29 Novembre 1897 (3) et la question ne se pose plus. On dit pour justifier cette théorie que l'indivision est forcée jusqu'à la dissolution de la communauté et que le mari excéderait ses pouvoirs en en opérant un partage anticipé, que d'ailleurs l'article 1075 n'est pas aussi général qu'on veut bien le dire et qu'il ne peut s'appliquer qu'aux biens dont l'ascendant a la libre disposition. Quant à considérer le partage fait par le mari comme un partage provisionnel, c'est méconnaître totalement la définition même de ce genre de partage : un partage provisionnel est fait par les copartagés ou leurs représentants et ne porte que sur la jouis-

1. Dp. 1849. 4. 311.

2. Dp. 1862. 4. 31.

3. Dp, 1902. 2. 97.

sance des biens, l'acte fait par le mari ne lui ressemble nullement.

Cette solution paraît assurément conforme à l'état actuel de la législation, elle n'en constitue pas moins une singularité regrettable de notre droit : on devrait permettre aux époux mariés sous le régime de la communauté, d'en opérer le partage de leur vivant entre leurs enfants, pour donner au partage d'ascendant toute la portée qu'elle devrait avoir. La question de l'application de l'article 1423 se posera alors d'une façon pratique et devra être résolue par l'affirmative.

BIBLIOGRAPHIE

I. — Jurisprudence

Sirey périodique

1806-2-41	Cour de Paris, 21 Germinal An XIII.
1808-2-133	— Rouen, 25 Janvier 1808.
1811-1-28	— Cassat., 17 Janvier 1811.
1814-1-577	— — 6 Juin 1814.
1822-1-41	— — 19 Mars 1822.
1826-1-288	— — 28 Février 1826.
1831-1-100	— — 1 ^{er} Mars 1831.
1836-2-248	— Bastia 3 Février 1836.
1837-1-685	— Cassat. 29 Mars 1837.
1853-2-353	— Rouen, 20 Décembre 1852.
1857-2-619	— Besançon, 16 Mars 1857.
1861-2-70	— Bourges, 15 Février 1860.
1861-2-321	— Paris, 6 Mai 1861.
1863-2-55	— Besançon, 10 Décembre 1862.
1863-2-263	— Rennes, 19 Mai 1863.
	Bordeaux, 16 Juin 1863
1865-1-377	— Cassat., 15 Mai 1865.
1869-1-148	— — 24 Mars 1869.

1876-2-233	—	Caen, 9 Juin 1874.
1880-2-41	—	Dijon, 10 Juillet 1879.
1884-1-128	—	Cassat., 6 Juin 1883.
1900-2-276	—	Bourges, 21 Novembre 1899.
1907-2-89	—	Besançon, 16 Mai 1906.
1909-2-26	—	Nancy, 22 Février 1908.
1910-2-181	—	Pau, 19 Avril 1910.
1912-2-203	—	Besançon, 27 Décembre 1911.

Dalloz périodique

1826-1-177	Cour de Cassat., 28 Février 1826.
1828-2-91	— d'Agen, 28 Novembre 1827.
1828-2-165	— Douai, 10 Février 1828.
1830-1-145	— Cassat. 16 Mars 1830.
1836-2-51	— Bastia, 3 Février 1836.
1837-1-287	— Cassat. 29 Mars 1837.
1840-2-121	— Bastia, 26 Février 1840.
1844-1-61	— Cassat., 2 Janvier 1844.
1849-1-311	— — 15 Novembre 1849.
1849-2-125	— d'Orléans, 31 Mars 1849.
1854-1-256	— Cassat., 24 Mai 1854.
1857-2-137	— Besançon, 16 Mars 1857.
1860-5-124	— Bastia, 12 Janvier 1859.
1862-1-31	— Cassat., 23 Décembre 1861.
1862-1-170	— — 30 Décembre 1861.
1862-2-161	— Paris, 6 Mai 1861.
1862-1-285	— Cassat., 16 Mars 1862.
1863-2-157	— Rennes, 19 Mars 1863.
1863-1-27	— Cassat., 19 Mars 1862.
1863-5-230	— Bordeaux, 16 Juin 1863.
1865-1-431	— Cassat., 15 Mai 1865.
1869-1-131	— — 20 Mars 1869.
1874-5-526	— Lyon, 4 Juillet 1873.

1880-2-129	—	Dijon, 10 Juillet 1879.
1881-2-135	—	Lyon, 25 Juin 1879.
1884-1-3	—	Caen, 13 Décembre 1880.
1884-1-33	—	Cassat., 6 Juin 1883.
1891-5-322	—	— 14 Mai 1890.
1898-1-300	—	— 26 Juillet 1897.
1914-1-277	—	— 6 Mai 1913 .

Gazette du Palais

1912-1-404	Cour de Besançon, 27 Décembre 1911.
1913-2-16	— Cassat., 6 Mai 1913.

Journal du Palais

1808 tome III p. 75	Cour de Rouen, 25 Janvier 1808.
1842 — II p. 436	— Bastia, 26 Février 1840.
1857 — p. 415	— Besançon, 16 Mars 1857.
1862 — p. 138	— Paris, 6 Mars 1861.
1862 — p. 378	— Cassat., 18 Mars 1862.
1863 — p. 17	— Besançon, 10 Décemb. 1862.
1863 — p. 943	— Rennes, 19 Mai 1863.
	Bordeaux, 16 juin 1863.

Dalloz répertoire alphabétique

V ^e dispositions testamentaires n° 3779	Cour de Cassation,
	3 Janvier 1809.
— — —	n° 3796 Cour de Grenoble,
	31 Janvier 1815.
— — —	n° 3779 Cour de Cassation,
	18 Novembre 1816.
— — —	n° 3772 Cour de Caen, 4
	Juin 1825.

II. — Doctrine

AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français, 5^e édition, tome 8, parag. 509, p. 101 ; tome 10, parag. 675, 676, p. 682.

BAURY-LACANTINERIE et COLIN. — Des donat. et testaments, tome 2, n^o 2513 et s.

BAYLE MOUILLARD. — Des donations testamentaires, tome II, page 766.

DELVINCOURT. — Cours de code civil, notes et explications sur page 93, parag. 4 (tome 2, p. 576).

DEMANTE et COLMET de SANTERRE. — Cours analytique de droit civil (2^e édit.), liv. 3, titre 3, chap. 5, sect. 6, n^{os} 166 et 166 bis ; liv. 3, titre 5, ch. 2, n^{os} 67 et 67 bis.

DEMOLOMBE, Cours du Code Napoléon, liv. 3, tit. 2, 3^e partie, ch. 5, n^{os} 677 et s.

DOMAT. — Les lois civiles dans leur ordre naturel (livre 4, titre 2, sect. 3).

DUMOULIN. — Les coutumes générales et particulières de la France, Bretagne (tit. 24). Bar (des testam.) ; Laon, (parag. des testam.) ; Sedan, art. 131, 132. — La coutume de Paris, titre 10, de la communauté de biens (p. 250), titre 14, des testaments.

DURANTON. — Cours de droit français suivant le code civil, livre 3, titre 2, n^o 241 et 255.

FENET. — Recueil des Travaux préparatoires du code civil, tome 12, p. 398, et tome 13, titre 5, ch. 2.

FURGOLE. — Traité des testaments codicilles, donations à cause de mort et autres dispositions de dernière volonté ; tome 2, ch. 7, sect. I, n^{os} 46 et s.

GIRARD. — Manuel de droit romain, p. 930.

GUILLOUARD. — Traité du contrat de mariage, tome 2, n° 728.

LAURENT. — Principes de droit civil français, tit. 3, ch. 5, n° 126 et s., titre 6, ch. 2, n° 33 et s.

MARCADE. — Explication théorique et pratique du code Napoléon, livre 3, titre 2, ch. 5, n° 141 et s., livre 3, titre 5, ch. 2, sect. 2, parag. 1^{er}, art. 1423 (du contrat de mariage).

MERLIN. — Répertoire de jurisprudence (v° legs sect. II parag. 3, n°s 1,4, additions, tome XVI, p. 602 et s.

MOURLON. — Répétitions écrites (II, p. 429, III, p. 56).

PLANIOL. — Cours de droit civil, tome III, p. 107, 109, 706 et s.

POTHIER. — Des donations testamentaires, ch. 4, art. 1, parag. 2 et 3. Traité de la communauté, part II, art. I, n° 475 et s. Coutume des duché, baillage et prévôté d'Orléans, titre 10, ch. 8, parag. 3, n° 158 et titre 16, sect. 4, parag. 1, n°s 48 à 52.

RICARD. — Traité des donations entre vifs et testamentaires, tome I, partie 3, ch. 3, sect. 3, dis. 3, n°s 282 à 312,

RODIERE et PONT. — Traité du contrat de mariage, tome II, ch. 2, p. 1, n° 890 (p. 179).

TOULLIER. — Le droit civil français suivant l'ordre du code, tome 5, liv. 3, tit. 2, ch. 5.

TRONÇON. — Commentaire de la coutume de Paris (1652), p. 502.

TROPLONG. — Du contrat de mariage, tome 2, n° 908 et s. (p. 187). Des donations entre vifs et des testaments, tome 4, (art. 1021, n° 1947 et s. (p. 145).

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Avant-propos	3

Chapitre Premier. — Historique

Section 1 ^{re} . — Droit romain.....	5
— 2 ^e . — Ancien droit français.....	9
— 3 ^e . — Le Code Civil.....	12
— 4 ^e . — Les Codes étrangers.....	14

Chapitre Deuxième. — Du legs de la chose d'autrui.

Section 1 ^{re} . — Legs de chose de genre.....	18
— 2 ^e . — Legs de la chose d'autrui pure et simple	20
— 3 ^e . — Legs alternatif. Legs avec clause pénale	22
— 4 ^e . — Legs sous forme de charge ou de condition	26
— 5 ^e . — Le testateur lègue une chose sur laquelle il a un droit futur, incertain ou conditionnel.....	30

	Pages
— 6 ^e . — Le testateur devient propriétaire de la chose après la confection du testament.....	33
— 7 ^e . — Garantie en cas d'éviction.....	34

Chapitre Troisième. — Le legs de la chose de l'héritier

Section 1 ^{re} . — Historique.....	37
— 2 ^e . — Droit moderne.....	40

*Chapitre Quatrième. — Du legs de la chose du
légataire gratifié*

Section 1 ^{re} . — Historique.....	49
— 2 ^e . — Droit moderne.....	52

DEUXIEME PARTIE

Chapitre Premier. — Legs d'une chose indivise

Section 1 ^{re} . — Historique.....	55
— 2 ^e . — La chose commune est-elle la chose d'autrui	57
— 3 ^e . — Indivision cessant du vivant du testateur	59
— 4 ^e . — Indivision existant encore au décès du testateur.....	63
— 5 ^e . — Indivision entre le testateur et son héritier.....	76

Chapitre Deuxième. — Legs d'une chose de Communauté

	Pages
Section 1 ^{re} . — Historique.....	79
— 2 ^e . — Legs d'une part de communauté..	84
— 3 ^e . — Legs d'un objet particulier de la communauté	86
— 4 ^e . — Le testament est postérieur à la dissolution de la communauté..	90
— 5 ^e . — Legs fait par la femme.....	94
— 6 ^e . — Donation des biens à venir et par- tage d'ascendant.....	96

Lu et approuvé :

Le Président,
CAPITANT.

Vu :

Le Doyen,
LARNAUDE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,
APPELL.

